



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.
ADM. DE SAN MARTIN 2

///Martín, 18 de abril de 2021.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “Municipalidad de Vicente López c/ Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, Expte. N° FSM 4390/2021, recibido en este Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 2, interinamente a mi cargo, registro de la Secretaría N° 3, y

CONSIDERANDO:

I. La Municipalidad de Vicente López, promovió esta acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que se declare la nulidad y, en su caso, la invalidez constitucional del Decreto de Necesidad y Urgencia 241 *“toda vez que el mismo dispone 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, puntualmente en los establecimientos educativos municipales y además en todas las instituciones educativas de los tres niveles del Partido de Vicente López”* (cfr. pto. II Objeto, dda.).

Tras fundar su legitimación activa, la competencia de este Tribunal y la procedencia de la acción de amparo, y previa reseña de los antecedentes, impugnó la validez constitucional del decreto presidencial **241/2021** por considerar que vulnera derechos reconocidos por la Constitución Nacional y provincial, por los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento interno y por normas infraconstitucionales nacionales (ley 26.206).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

En concreto, señaló que la norma cuestionada lesionaba el derecho a la educación (art. 14 y 75 inc. 22 CN), el derecho a la igualdad (art. 16 CN) y el derecho a la salud mental y física-, así como también el derecho a la prestación del servicio de educación que brinda la Municipalidad de Vicente López en los establecimientos educativos a su cargo.

Además, destacó que no concurrían las circunstancias excepcionales que habilitarían al Presidente de la Nación a ejercer ciertas funciones de carácter legislativo (art. 99 inc., 3ro., 2do. párrafo de la C.N.) y adujo que la normativa atacada suponía una evidente transgresión *“del orden jurídico constitucional, vulnerando lo dispuesto por los artículos 14, 22, 28, 31, 75 inciso 18, 19 y 22, y 123 de la Constitución Nacional, y en particular las competencias propias del Congreso Nacional desvirtuando las disposiciones de la Ley 26.206 que regula el ejercicio de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional”*, como así también de la autonomía provincial (art. 198 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Sostuvo, asimismo, la irrazonabilidad de la norma por falta de proporcionalidad de la medida.

En este marco, solicitó el dictado de una medida cautelar, con habilitación de días y horas inhábiles, tendiente a suspender *“el artículo 2 in fine del DNU 241/2021, garantizando la continuidad del dictado de clases presenciales, y actividades educativas no escolares presenciales, en todos sus niveles y modalidades, tanto de gestión pública municipal y provincial, como de gestión privada en el Municipio de Vicente López, cumpliendo con todos los Protocolos aprobados por las Autoridades de Aplicación”*.

Ofreció prueba e hizo reserva del caso federal.





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.
ADM. DE SAN MARTIN 2
II. Cuestión liminar.

La presentación de acciones de amparos de similar objeto en sede federal y su publicidad a través de medios radiales, televisivos, por redes sociales, etc., no obstante el incumplimiento de algunos requisitos formales o tratarse de meros formularios de inicio o presentaciones realizadas fuera del horario judicial, motivó que dispusiera la habilitación de días y horas inhábiles para verificar si las mismas existían y –en su caso- la revisión, el despacho, sorteo y asignación de causas por parte de la receptoría de expedientes de los Juzgados Federales de San Martín (arg. art. 153, CPCC).

Es que, en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas, fácil es entender las expectativas que pueden crearse por eventuales decisiones judiciales, no sólo en el ámbito de la comunidad educativa sino en la sociedad toda, habida cuenta las implicancias que conllevan las medidas relacionadas con la restricción temporal de la presencialidad en los tres niveles educativos.

En esa misma inteligencia (expectativa social) aparece conveniente clarificar que a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **la Provincia de Buenos Aires adhirió mediante el dec. 181/2021 al cuestionado decreto presidencial 241/2021**. Por esta razón, en función de las incumbencias que corresponden a las respectivas autonomías provinciales, no deben confundirse las distintas vías y tribunales competentes para decidir sobre cuestiones diversas, habida cuenta que lo que se discute en sede capitalina es esencialmente lo atinente a su autonomía.

Así las cosas, el debate respecto de la constitucionalidad de normas relacionadas con la educación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires **no es una cuestión novedosa**. Recientemente he decidido





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

amparos judiciales donde se ventilaban controversias análogas a la presente, declarando la incompetencia de la justicia federal, en razón de la materia y las personas. Porque en estos casos –entiendo- el conocimiento de la cuestión, en respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, le corresponde a la **justicia local**; ello sin perjuicio –claro está- que aquellas de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario.

En dichos legajos se han trabado sendas contiendas negativas de competencia con un tribunal provincial, encontrándose en la actualidad a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Interesa destacar, que tanto la Procuración General de la Nación como la Defensoría General de la Nación, son contestes en sus dictámenes en derivar el conocimiento de estos casos a la justicia local, con sustento en precedentes del más Alto Tribunal (cfr. Causas n° FSM 37628/2020/CS1 y CSJ 365/2021/CS1).

Una observación. Más allá de que el amparista haya controvertido exclusivamente la validez del decreto presidencial N° 241/2021 en verdad, y con arreglo al principio “*iura novit curia*” debe interpretarse que la protesta que nos ocupa está dirigida contra la normativa provincial dictada en consecuencia, en especial, contra el flamante **dec. pcial N° 181/2021** (B.O. 17/04/21), en cuyos considerandos se advierte expresamente: “*que las medidas establecidas por el Gobierno Federal [dec. presidencial 241/21], a las que adhiere la provincia de Buenos Aires, son razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país, y se adoptan en forma temporaria, toda vez que resultan necesarias para proteger la salud pública*”.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Porque, si bien *“el principio de congruencia impone a los jueces [...] decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (arts. 34, inc 4º y 163, inc. 6º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), limitación infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), pero que **no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde ‘decir el derecho’ (iuris dicto o jurisdicción) de conformidad con la atribución iura curia novit**”* (Fallos: 337:1142, entre muchos).

Luego, con independencia de la normativa invocada por la parte en virtud del principio referido **“digo que el derecho”** a examinar primordialmente es la actividad administrativa local [**dec. pcial N° 181/2021** y todos sus antecedentes].

A continuación habré de reiterar algunos de los conceptos antes vertidos, los que sustentarán el rechazo de la competencia federal en este litigio (cfr. causa **“Guillot, Sebastián y otros c/Gobernación de la Provincia de Buenos Aires-Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo Colectivo”**, Expte. N° FSM 37628/2020; **“Iavarone, Hugo Alejandro y otros. c/Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”**, Expte. N° FSM 1387/2021).

También habré de referirme, por las justas expectativas que se generan en la sociedad según el grado de afectación, a la imposibilidad de dictar una **medida precautoria inmediata** en el caso, no sólo por no ser el juez competente en la materia y estar obligado a desprenderme del legajo, sino por cuanto es sabido que **pacífica jurisprudencia desautoriza** el dictado de las mismas en ausencia de elementos concretos de prueba que demuestren la irrazonabilidad de los actos de la administración ante la presunción de legitimidad que presentan. La parte





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

prueba suficiente, por lo que los mismos deberán ser adjuntados y colectados por el juez que entienda en la causa. Ello, sin perjuicio del juicio de valor que esos actos puedan merecer como tales, según las íntimas convicciones de quien sea el observador o afectado, o bien en el ámbito social, político, redes sociales, etc.

Señalo que en la víspera y en el día de la fecha he decidido demandas similares a la presente: **“Lamuedra, Agustina y otro c/PEN y otros/amparo”**, Expte. N° FSM 4322/2021 y **“Peydro, Gonzalo y otros s/amparo”**, Expte. N° FSM 4399/2021, del registro del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 2 de esta ciudad –en mi carácter de Juez subrogante de dicha sede-.

III. Jurisdicción. Competencia. Límites.

Reiteradamente se ha expresado que la **jurisdicción**, como función judicial, es una función pública del Estado realizada a través de sus órganos judiciales para administrar justicia en un caso concreto, dirimiendo conflictos y controversias mediante decisiones que adquieren calidad de cosa juzgada y que son eventualmente ejecutables. Pero esta función se encuentra limitada por la **competencia**, esto es una distribución de tareas que se hace en función de determinados criterios (territorio, materia, grado, personas, etc.) y que le otorga a cada juez la aptitud legal de ejercer esa función con relación a un asunto determinado.

En la Jurisprudencia de la Corte Suprema se señala que: *“ningún principio es más fundamental para el cumplimiento del adecuado rol de la judicatura en nuestro sistema de gobierno que la limitación constitucional de la jurisdicción de los Tribunales Federales a concretos casos o controversias. La misión más delicada que compete al*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional y de allí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (CSJN, 7/5/98, elDial-AA830, CPCCN conc. Elena I. Highton, Tomo I, Pág.22).

En esta inteligencia, habida cuenta que la demanda se dirige también contra la Provincia de Buenos Aires, corresponde en primer término dilucidar –por su carácter de aforada- si sería viable la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, en cuyo caso debería remitirse a esa sede el legajo o bien si la cuestión compete este Juzgado Federal o si corresponde la intervención de la justicia local.

IV. Sobre la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Interesa revisar esta cuestión porque, en principio, los jueces nacionales no tienen atribución para conocer respecto de los litigios civiles en los cuales sea parte una Provincia. Ello, toda vez que la Ley N° 48 y el Decreto Ley N° 1285/58 sólo mencionan ese género de procesos cuando se refieren a la Jurisdicción originaria de la Corte Suprema, lo que resulta acorde a lo dispuesto por la Constitución Nacional (Fallos, 280:62; entre otros).

De la conjugación de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional juntamente con los arts. 1° de la ley 48, 2° de la ley 4055 y 24, inc. 1°, del dec.-ley 1285/58, se desprende que la competencia constitucional del Máximo Tribunal está restringida a: “*todos los asuntos*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros” o -en lo que aquí interesa- “en los que alguna provincia fuese parte”, desagregándose las siguientes alternativas: [a] causas que se susciten entre dos o más provincias; [b] entre una provincia contra un Estado extranjero; [c] entre una provincia contra un ciudadano extranjero; [d] entre una provincia y los vecinos de otra.

En este último supuesto (una provincia y vecinos de otra), el requisito de que la parte contraria tenga distinta vecindad es **esencial** y queda excluida la competencia originaria si alguno de los litigantes tiene su domicilio en la misma provincia a la que demandan (CSJN, 323:2947). De suerte tal que, en principio, queda descartada la instancia originaria si el actor declara domiciliarse dentro del territorio de la provincia demandada, por hallarse enfrentados una provincia y su propio vecino.

No obstante, el derecho judicial emergente de la jurisprudencia del Alto Tribunal, entendió que el requisito de distinta vecindad entre los particulares y la provincia demandada resulta indiferente cuando [e] el derecho debatido se funda exclusiva y directamente en **cuestiones de índole federal** (doct. Fallos: 317:473; 318:30; 323:1716; entre varios), De otro lado, también llegó a limitarlo, pues pese a ser parte una provincia en alguna de las cuatro variantes que surtirían su competencia, declaró ajena a su jurisdicción originaria si la materia versaba sobre **cuestiones regidas por el derecho provincial** (doct. Fallos: 322:3572).

Corresponde revisar entonces, si existe prevalencia de personas aforadas, si hay cuestión de índole federal exclusiva y directa, o bien, si el tema a decidir está regido por el derecho provincial.

1. Carencia de personas aforadas.





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.
ADM. DE SAN MARTIN 2

A partir del examen de aquellas hipótesis se aprecia que **no procede** en el caso la **competencia originaria en razón de las personas (*ratione personae*)**.

En efecto. La acumulación subjetiva de pretensiones, que respetablemente instaron las/os amparistas contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, no resultaría admisible conforme la doctrina sentada en Fallos: 329:2316 “**Mendoza**”, toda vez que ninguno de los accionados resultan **aforados en forma autónoma a esta instancia**, ni existen motivos suficientes, para concluir que dicho **litisconsorcio pasivo** sea **necesario**, según el art. 89 del Código Procesal Civil de la Nación. Vale decir, “*la acumulación subjetiva de pretensiones no es un instrumento apto para sostener una competencia restringida y de excepción, que en ningún caso hubiera [prosperado] de haberse introducido individualmente cada una de las pretensiones*” (Fallos: 331:194, entre otros).

Interesa destacar además que, desde el referido caso “**Mendoza**”, el Máximo Tribunal decidió apartarse –por razones funcionales e institucionales- del criterio sentado en Fallos: 305:441 “**Centurión de Vedoya**” [donde con una mayor laxitud se admitía la jurisdicción originaria por el hecho simplemente de intervenir una provincia, completándose el aspecto federal de la cuestión con la participación o convocatoria –en ese caso como tercero- de un ente –en el caso: Entidad Binacional Yaciretá- con reconocido derecho al fuero federal]; contrayendo así el ámbito de su competencia al desestimar su intervención excepcional “*sobre la base de una acumulación subjetiva de pretensiones como la promovida por los demandantes, en ejercicio de una facultad de carácter discrecional por la cual, mediante una respetable estrategia procesal, han optado por agrupar en un solo proceso a todos los estados que consideren responsables comunes de los*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

daños cuyo resarcimiento persiguen y, de este modo, generar un supuesto de competencia originaria”

En tales condiciones, “se evitará que el Tribunal se entrometa en cuestiones que no configuran una causa civil sino –en numerosa cantidad de casos- de derecho público local [...], preservando para los estados provinciales el conocimiento de asuntos de esa naturaleza y, con esta comprensión, el fiel respeto de sus autonomías locales” (in re: “Mendoza”, considerandos 11,12 y15).

2. Carencia de contenido federal predominante.

Descartado el Estado Nacional en relación a la posibilidad de ser juzgado originariamente ante la Corte, pues el privilegio federal –aforamiento - de aquél está satisfecho con la intervención de los Tribunales inferiores de la Nación (arg. 116 CNac.; doctrina Fallos: 329:2316; 330:3777; entre varios), debe evaluarse si aún la causa puede atribuirse a ese **fuero único** por ser **demandada una Provincia** y respecto de ésta exclusivamente. Porque la Provincia de Buenos Aires no es sólo parte *nominal* [demandada] sino también **sustancial** en el litigio, [tendría un “*interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria*”] (Fallos: 330:173 y 103; entre muchos otros).

Pero para que esta competencia constitucional proceda es menester que la acción entablada **se funde directa y exclusivamente** en preceptos constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, es decir, cuando la **cuestión federal** sea **manifiesta** o **predominante** en la causa (doct. Fallos: 189:141; 322:1470; 323:2380 y 3279); o bien, que se trate de una **causa civil** [“*calificación atribuida a los casos en que están en juego disposiciones de derecho común, o sea el régimen de legislación contenido (en el) art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional*”],





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

requiriéndose en este último supuesto, además, el acompañamiento del requisito de la **distinta vecindad** de la contraria (Fallos: 329:759 y 2737; entre otros).

Por ello, quedan a extramuros de esa jurisdicción originaria los procesos en los que se debatan **cuestiones de índole local** que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza –causa de derecho privado-, salvo que medie distinta vecindad, o **la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales –derecho público local-** (doct. Fallos: 319:2527; 321:2751; 322:617, 2023 y 2444).

Aquí, según se desprende de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según los arts. 4º y 5º del CPCCN y doctrina de Fallos: 279:95; 301:631; 308:1239 y 2230- surge esta última hipótesis.

Repárese que el accionante pretende una sentencia que obligue al Estado Nacional y también a la Provincia que se abstengan de efectivizar cualquier medida que importe la suspensión de las clases presenciales en las escuelas. Para ello, además de la tacha de actos administrativos nacionales (v.gr.: decretos presidenciales N° 260/20, 297/20 y sus prórrogas; resoluciones ministeriales N° 108/20) y de una ley nacional (N° 27.550); la protesta también involucra inevitablemente **actos administrativos y leyes locales** (véase **Considerando II**), que – como su equivalente nacional- conforman una suerte de estatuto sanitario provincial de emergencia (v.gr.: decreto N° 132/20 y su prórroga – ratificado por ley 15.174-; decretos 884/20, 178/21 y **181/21**; Resoluciones 554/20, 1819/20 y 1925/20 de la Dirección General de Cultura y Educación; Res. conjunta N° 63/20;), por afectar –a su entender- normas nacionales (leyes 26.601 y 26.606) y cláusulas de la Constitución Nacional (arts. 5, 14, 16, 17, 18, 19, 31 y 75 inc. 19) y





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

pactos internacionales constitucionalizados (art. 75, inc. 22 CNac.), así como también, disposiciones de la Constitución de Buenos Aires (arts. 11, 12, 15, 20 y 35, 199 y 200) y de las leyes provinciales 13298, 13634 y 13.688 (ley de Educación).

Va de suyo que –bajo tales condiciones- **la materia federal no es la predominante**, en tanto que los actores efectuaron un **planteamiento conjunto** de un asunto de naturaleza ordinaria con uno de orden federal, en el que justamente lo que **sobresale es una cuestión de derecho público local**.

En este sentido, se ha dicho que *“contra las leyes y decretos provinciales que se califican de ilegítimos, caben tres procedimientos y jurisdicciones según la calidad del vicio imputado: a) si son violatorios de la Constitución Nacional, tratados con las naciones extranjeras, o leyes federales, debe irse directamente a la justicia nacional; b) si se arguye que una ley es contraria a la constitución provincial o un decreto es contrario a la ley del mismo orden, debe ocurrirse a la justicia provincial; y c) si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial, y en su caso, llegar a la Corte por recurso extraordinario”* (Fallos: 176:315; 311: 2154, entre otros); **es claro que, en el sub examine se presenta el último de los supuestos enunciados.**

Entonces, no obsta a lo expresado, el hecho de que las/os amparistas *“invoquen el respeto de cláusulas constitucionales y de derechos reconocidos en tratados internacionales, pues su nuda violación proveniente de autoridades de provincia no sujeta, por sí sola, las causas que de ella surjan al fuero federal, que sólo tendrá competencia cuando aquellas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional* (Fallos: 321:2751; 322:190, 1514 y 3572; 323:872;





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

325:887) o cuando medien razones vinculadas a la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Federal (Fallos: 311:919; 316:1777 y 2906)” (conf. causa CSJ 444/14, “Asociación de Maestros y Profesores de La Rioja (AMP) c/La Rioja, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, rta. 15/10/15).

Por lo tanto, al **no** ser la emplazada Provincia de Buenos Aires un **aforado autónomo** ni la **materia en litigio exclusiva o manifiestamente federal**, la cuestión resultaría ajena a la competencia originaria de la Corte en razón de las personas (*ratione personae*) y de la materia (*materiae*). Se ha sostenido que de lo contrario, “si todos los actos de los poderes de los estados provinciales pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte, **vendría a ser ella quien gobernase a las provincias, desapareciendo los gobiernos locales**” (Fallos: 329:759). También que, “el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones 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:311:1588, 315:1892; 318:2534 y 2551; 323:3859; 324:2069; 325:3070; CSJN *in re*: C. 3510; L. XLII. Originario. “Comisión Vecinal Playas de Quequén c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/medida cautelar”, rta. 20/11/2007; entre varias).

V. Incompetencia de los Tribunales Federales en razón de la materia y las personas.

El eje argumental desarrollado en el anterior apartado, que confluye en la inviabilidad de la instancia originaria de la Corte Suprema





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

de Justicia de la Nación, también desarticula -por inexistencia de una materia federal preponderante- la intervención de los Tribunales federales de grado.

Para ello es menester revisar lo atinente al plexo normativo que refiere el derecho a la educación y las normas dictadas en la emergencia.

1. El derecho a la educación.

En general el **derecho constitucional de enseñar y aprender** (art. 14, CNac. y tratados internacionales constitucionalizados), se encuentra regulado por la **ley 26.206** que reconoce que *“la educación y conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizados por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación”* (cfr. arts. 2 y 3). Para ello *“fija la política educativa y controla su cumplimiento con la finalidad de consolidar la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales”* (cfr. art. 5) y *“garantiza el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender”* siendo **“responsables de las acciones educativas el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4º de esta ley; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario”** (cfr. art. 6).

La referida Ley de Educación Nacional, reconoce que *“la educación brindará las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

y promover en cada educando/a la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común” (cfr. Título I, “Disposiciones Generales”, Capítulo I “Principios, Derechos y Garantías”, artículo 8). Entre los fines y objetivos de la política educativa nacional, se aprecia el de “brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y pleno ejercicio de sus derechos (cfr. Título I, Capítulo II, artículo 11, literal “n”).

Por su parte la **ley N° 13.688**, que regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender en el territorio de la provincia de Buenos Aires, establece en sus Principios, Derechos y Garantías que “*la educación debe brindar las oportunidades para el desarrollo y fortalecimiento de la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida y la promoción de la capacidad de cada alumno de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad natural y cultural, justicia, responsabilidad y bien común” (cfr. Título I, Capítulo I, artículos 1 y 4).*

Más arriba se enunció que **uno de los agentes responsables de las acciones educativas son los municipios** (art. 6º, ley 26.206), y esto se explica porque después de la reforma constitucional de 1994 y dentro de su jurisdicción los municipios de cada una de las provincias tienen reconocido por el art. 123 del CNac. un ámbito de autonomía –que cada constitución provincial debe reglar en cuanto a su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero-.

Esto es así porque la regla principal es que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (art. 121, Const.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Nacional; cfr. art. 99, Proyecto de Constitución de J. B. Alberdi; art. 101, Const. Nacional 1853), en la medida que aseguren su administración de justicia, su **régimen municipal** y, la **educación primaria**, bajo estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5º, Const. Nacional).

De modo que, se parte de la base de concebir al municipio como un fragmento de Estado en el seno del Estado federado [no es un Estado del todo ni mera circunscripción administrativa o entidad local sometida a la Provincia], por lo que en tal avance el poder tributario limitado le es propio y esencial en un sistema de federalismo cooperativo con un régimen de competencias concurrentes (cfr. Georg Jellinek, “Fragmentos de Estado”, Madrid 1978, pgs. 57/58). Así pues, también se lo ha concebido como una “*forma primaria de descentralización política –y no sólo administrativa–*” que integra nuestra estructura federal, configurando una suerte de “*trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal*” (cf. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. I-A, p. 668/669).

En definitiva, el municipio ostenta el poder inherente a su propia existencia intermedia en el Estado federado, dentro del ámbito de su competencia y con los límites señalados por la Constitución Nacional, las leyes nacionales y las respectivas disposiciones provinciales (conf. este Juzgado, expdtes. FSM 13068381/2012, “Edenor S.A. c/ Municipalidad de La Matanza s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad”; FSM 2526/2011, “Autopistas del Sol S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ Ordinario”). Así, la Constitución de Buenos Aires consagra que “*la administración de los intereses y servicios locales... en cada uno de los partidos que formen la Provincia está a cargo de una municipalidad*” (art. 190, regla 1ra.). A su vez, siguiendo esas disposiciones, la Ley Orgánica de las Municipalidades [LOM] Dec.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Ley 6769/58, estableció que: “*la sanción de las ordenanzas y disposiciones del Municipio corresponde con exclusividad al Concejo Deliberante*” (art. 24) y que “*las ordenanzas deberán responder a los conceptos de [...] sanidad, asistencia social [...] educación [...] y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales*” (art. 25); o bien, también “*corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar: [...] la instalación y el funcionamiento de establecimientos [...] de difusión cultural [...] y de todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia*” (art. 27.9); asimismo, “*corresponde al Concejo, establecer: [...] toda otra institución de bien público destinada con los intereses sociales del municipio, y a la educación popular*” (art. 28.8).

2. Normas dictadas en la emergencia.

Antes que nada se debe considerar, por vía del **principio de actualidad**, que los jueces no pueden prescindir de las circunstancias existentes al tiempo de decidir, incluyendo las nuevas normas surgidas durante el curso del proceso (doctrina de Fallos: 330:640; 338:1216; 340:1433; 341:124; entre muchos otros) y que en el presente se hallan en tela de juicio.

En **primer lugar**, en ese entendimiento y en la víspera, se dictó el **decreto presidencial N° 241/2021** (B.O. 16/04/2021), que reconoce como antecedentes el Dec. 260/20 por el cual se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) respecto del virus SARS-CoV-2; contexto en el cual se emitió el Dec. 297/20 que instauró temporariamente la medida de “Aislamiento





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Social, Preventivo y Obligatorio” [ASPO], sucesivamente prorrogado y, con ciertas modificaciones según el territorio, por los decretos 520/20 y sus normas modificatorias que dieron origen al “Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio” [DISPO] y que fue prorrogado hasta el 9 de abril del corriente año.

Asimismo, por un lado, el **Dec. 167/2021** prorrogó la emergencia sanitaria de la ley 27541 hasta el 31 de diciembre de 2021 y; por otro, a través del **Dec. 235/2021** se establecieron medidas generales de prevención y **disposiciones locales y focalizadas de contención**, basadas en la dinámica epidemiológica, con el fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril del corriente.

Se ponderó, además, que *“actualmente, el aumento de casos en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y **más del (50%) de los nuevos casos se concentran en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)**”* y que *“la velocidad en el aumento [...] de los casos registrados en el [...] (AMBA) [...], lo que genera una importante tensión en el sistema de salud [...], así como el riesgo de su saturación y, a causa de ello, un previsible incremento en la mortalidad”*. Así pues, *“ante el aumento exponencial de los casos (en el área metropolitana) se hace necesario incrementar las medidas ya adoptadas”*. Pero destacando que el *“objetivo es **atravesar esta etapa de la pandemia** (‘segunda ola’) [...] con la maximización del proceso de vacunación que ya está en marcha y limitando las restricciones en forma focalizada y temporaria”*.

En lo que aquí interesa, esta disposición legal (dec. Presidencial 241/21), con base en lo antedicho y considerando que *“desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso del transporte público de pasajeros [...] en el (AMBA) se incrementó en un [...] (25%), según datos aportados por el MINISTERIO DE*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

TRANSPORTE de la Nación”; aunado –entre otras razones- a que “**el grupo de persona de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el (7,3%) del total de casos**” y sin desconocer la indudable “**importancia de la presencialidad en la actividad escolar**”; preceptúa a partir del **16 de abril de 2021** en el: “**ARTÍCULO 2º.-** Sustitúyase el artículo 10 del Decreto N° 235/21, por el siguiente: **ARTÍCULO 10.- CLASES PRESENCIALES. 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**” según el “**nivel de riesgo epidemiológico.**”

Destacando que “**en todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos [...] aprobados por las autoridades correspondientes** [debe entenderse no sólo nacionales sino también locales]”

Asimismo, mantuvo la prerrogativa de que “los Gobernadores y 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**” y establece en función de todo lo expresado que “**en el aglomerado [...] (AMBA) [...] 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**”.

A su vez, en el **ARTÍCULO 7º** se incorpora como artículo 27 bis del Dec. 235/21 el siguiente: “**IMPLEMENTACIÓN. Los Gobernadores y Gobernadoras de las Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto [...] conforme lo**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

establece el artículo 128 de la Constitución [...]. Ello, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar las Provincias, la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias”.

En **segundo término**, por su especificidad, cabe destacar la **Resolución del Consejo Federal de Educación (CFE) N° 364/20**, que en fecha **27 de julio de 2020**, aprobó el “*Protocolo Marco y Lineamientos Federales para el Retorno a Clases en la Educación Obligatoria y en los Institutos Superiores*” (art. 1º). Asimismo se acordó la presentación del “**Plan Jurisdiccional de Retorno a Clases Presenciales**” que **debe ser elaborado por las diferentes jurisdicciones** ante el Ministerio de Educación de la Nación para prestar su conformidad, el cual debe contemplar lo establecido en el Protocolo Marco y toda otra definición que se considere pertinente en cada jurisdicción (art. 3º y 4º). A la vez, los “**Planes Jurisdiccionales**” presentados “**deberán tener la aprobación de la máxima autoridad educativa jurisdiccional y de la autoridad sanitaria [...] responsable de avalar el protocolo sanitario de cada jurisdicción**” (art. 5º).

En tanto que el **8 de octubre de 2020**, el organismo emitió la **Resolución CFE N° 370/20**, por la se resolvió incorporar al anterior dispositivo el documento “*Marco de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de COVID-19*” (art. 1º). Y se definieron las actividades educativas según los niveles de riesgo epidemiológico [bajo riesgo: se podrán reanudar las clases presenciales de manera escalonada y progresiva en todos los niveles educativos, mientras que si el riesgo fuera mediano: se podrán organizar actividades educativas no escolares (artísticas, recreativas, de apoyo escolar, u otras)] (art. 2º).

Al fin, en fecha **13 de febrero de 2021**, dictó la Resolución N° 386 del CFE que establece que en todas las jurisdicciones del país se





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

priorizará 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 departamentos, pueblos o parajes, en el marco de un análisis sanitario y epidemiológico integral que considere los parámetros y procedimientos establecidos en el último Decreto de Necesidad y Urgencia N° 67/2021 y sus modificatorias. Además la Res. 386 hace rectificaciones parciales al Protocolo Marco (Res.364) y la norma da criterios para la reanudación de actividades presenciales (Res.370), dejando un margen que permita a cada jurisdicción cierta autonomía en consonancia con el último DNU presidencial.

En **tercer lugar**, en concordancia con ese bloque normativo nacional y sus propias disposiciones locales [**dec. pcial. 132/20** – ley pcial. 15.174- **dec. locales 771/20, 106/21; res. pcial. 554/20; dec. pcial. 884/20**] se fijaron los parámetros para establecer conjuntamente el procedimiento para el inicio de las actividades educativas y/o socioeducativas de acuerdo al nivel de riesgo de cada distrito de la Provincia. Así, el **21 de octubre de 2020**, la Administración provincial dictó la **Resolución Conjunta N° 63/2020 GDEBA-MJGM**, a través de la que implementó el “*Plan Jurisdiccional de la Provincia de Buenos Aires para un Regreso a Clases Presenciales*”, aprobado por el Ministerio de Educación de la Nación con fecha 9/10/20 (art. 1°). Además, previó que las actividades de cada distrito se determinarán conforme “*al resultado de la Evaluación Epidemiológica que realice el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a partir de los indicadores establecidos en el ‘Marco de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de COVID-19’ y los indicadores complementarios definidos por la jurisdicción*” (art. 2°). Refuerza aún más la injerencia local, al “*determinar que la evaluación epidemiológica de los niveles de*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

riesgo será realizada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires tomando los casos registrados [...] y la ocupación de camas registradas, con corte de fecha los días miércoles y será comunicada a la Dirección General de Cultura y Educación para su difusión a los distritos involucrados los días viernes, a través de las Jefaturas Regionales de ambas gestiones, estatal y privada, y Jefaturas Distritales, para la información de todos los establecimientos educativos” (art. 3º). Véase la relevancia de ese monitoreo semanal y local que “el resultado que arroje [...] **podrá implicar la incorporación de nuevos distritos a la actividad de regreso seguro a la actividad presencial o la suspensión de las actividades educativas presenciales**” (art. 4º). A la par, aprobó “las actividades que podrán realizarse de acuerdo al nivel de riesgo epidemiológico que revista cada distrito [bonaerense]”, así como también, “el Protocolo para la realización de actividades educativas no escolares presenciales (socioeducativas)” (arts. 5 y 6). Finalmente, la resolución ministerial provincial estableció “que una vez que un distrito haya sido clasificado como bajo riesgo, los equipos de conducción realizarán las actividades preparatorias para la vuelta segura a clases presenciales en un plazo de (7) días hábiles. Las y los estudiantes retomarán progresivamente las actividades a partir del 8º día hábil, siendo de aplicación para el inicio de la actividad presencial en las escuelas [...] el modelo organizacional [...] establecido en el ‘Plan Jurisdiccional [...]’” (art. 8).

Posteriormente, en línea con el citado decreto nacional 235/21, se dictó el **dec. pcial. 178/2021 (9/04/2021)**, por el que se decidió ante el acelerado aumento de casos: “**facultar al Ministro Secretario en el Departamento de Jefatura de Gabinete de Ministros y a la Directora General de Cultura y Educación, de manera conjunta, a suspender en forma temporaria las clases presenciales, así como reiniciarlas, en función de la evaluación del riesgo epidemiológico [...]. En aquellos casos en que resulte necesario disminuir la circulación de personas con**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

el fin de evitar la propagación del virus SARS-CoV2 y sus variantes”, para ello, el precepto local determinó que debían seguirse los “*parámetros de evaluación*” establecidos en las Res. N° 364/20, 370/20, 386/21 y 387/21 del Consejo Federal de Educación, “y se deberá actuar de acuerdo a **los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes**”. Disponiendo que su aplicación sea “*para todo el sistema educativo público, comprende la gestión estatal y la gestión privada, conforme lo establece la Ley 13688*” (artículo 3°).

Por último, y en la víspera, se emitió el **dec. pcial. 181/21** (B.O. pcial. 17/04/21), en cuyos considerandos se precisó: “*que las medidas establecidas por el Gobierno Federal [dec. presidencial 241/21], a las que adhiere la provincia de Buenos Aires, son razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país, y se adoptan en forma temporaria, toda vez que resultan necesarias para proteger la salud pública*”.

A raíz de ello, el Gobernador decretó: “*Modificar el artículo 3° del Decreto 178/21, el que quedará redactado de la siguiente manera: [...] **facultar** al Ministro Secretario en el Departamento de Jefatura de Gabinete de Ministros y a la Directora General de Cultura y Educación, de manera conjunta, **a suspender, en forma temporaria y focalizada a nivel distrital, las clases presenciales**, [...], en función de la evaluación del riesgo epidemiológico y de conformidad con la normativa vigente (continúa la disposición legal en iguales términos que el dec. 178/21)” (art. 1°).*

Al propio tiempo, creó “*en el ámbito de la Dirección General de Cultura y Educación el ‘Programa de asistencia a establecimientos educativos de nivel primario y secundario y de la modalidad de educación especial de gestión estatal provincial’, con el objeto de realizar asignaciones de fondos por única vez, hasta la suma de [...] \$100.000 por establecimiento, para atender los gastos de material*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

educativo para garantizar la continuidad pedagógica no presencial de las y los estudiantes con menores recursos económicos” (art. 3º).

Sobre estas bases, forzoso es concluir que si bien se ha previsto que la autoridad educativa nacional sea la que dicte el Protocolo marco para el retorno a la presencialidad educativa, el que contiene los presupuestos mínimos para alcanzar ese objetivo [vgr.: estratificación del riesgo mediante el empleo de indicadores epidemiológicos –zonas de bajo, medio y alto riesgo- y actividades educativas que pueden llevarse a cabo según los niveles de riesgo señalados], lo cierto es que al mismo tiempo **reconoce expresamente que las jurisdicciones locales en la materia resultan ser las que en definitiva discernirán la posibilidad de reanudar o discontinuar las actividades educativas presenciales en cada distrito** del territorio bonaerense, con sustento en sus propios protocolos jurisdiccionales -conformados al estándar nacional-, sus propios exámenes epidemiológicos e incorporando además a esa evaluación las condiciones que se consideren relevantes para atender las particularidades de la dinámica epidemiológica y educativa local. Es más, la reglamentación nacional se encarga de clarificar que la enunciación de actividades educativas que contiene [vgr.: la posibilidad de la reanudación escalonada y progresiva de las clases presenciales con prioridad para los estudiantes del último año del nivel primario y secundario, para los niños y niñas matriculados/as en sala de 5 años del nivel inicial y en el primer grado del nivel primario, para las poblaciones escolares que no hayan podido mantener su continuidad pedagógica o para el estudiantado con discapacidad] **“no constituye una secuencia, debiendo cada jurisdicción evaluar la priorización conforme con la realidad educativa y sanitaria imperante”** (cf. arts. 9º, dec. N° 576/20; 2º, literal “a”, Res. CFE N° 370/20).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Tan es así que, ante el dictado del objetado **Dec. 241/21**, el periodismo informó que “*mientras que Chaco y Formosa ratificaron su compromiso con los mecanismos de restricción, Santa Fe, Tucumán, Córdoba y Misiones precisaron que no tienen pensado hacerlo por el momento*” (vid. <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/restricciones-que-provincias-no-adhieren-a-las-medidas-anunciadas-por-el-gobierno.phtml>).

Con esta reseña normativa, definidos sus alcances y agentes responsables de las acciones educativas, cobra vigencia la regla que determina que “*la intervención del **fuero federal en las provincias es de excepción** y se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva*” (Fallos: 319:308; 323:872; 327:3515; 329:5190; entre otros) y, por ello, cuando no se presente ninguna causal específica que lo haga surgir en el caso, su conocimiento corresponde a la jurisdicción local (Fallos: 321:2562).

En efecto, una interpretación sistemática del texto constitucional conduce a afirmar que el fuero federal es una jurisdicción limitada y de excepción. Así, “*la lectura de los artículos 121, 116 y 75, inciso 12 de la Carta Fundamental indica que el diseño institucional se erige sobre el principio de que **la competencia federal se encuentra acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal***”. Tan es así que constituye un “*deber indeclinable* (de la Corte) *salvaguardar la jurisdicción provincial de restricciones indebidas, el impedir que se desnaturalice la jurisdicción del juez federal por convertirlo en magistrado de ‘fuero común’ y el asegurar que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia* (Fallos: 113:263; 117:146; 248:781; 271:206; 300:1159; entre muchos otros)” (Fallos: 342:667). Expresado, de otro modo, en la distribución de competencias que emerge





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

de la Constitución Nacional, los **poderes de las provincias son originarios e indefinidos**, en tanto que **los delegados a la Nación son definidos y expresos** y que, dentro de este contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (cfr. arts. 5, 75, 121 y 123; Fallos 304:1186; 320:619).

De ahí, la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal que sostiene que ***“la competencia de los tribunales federales es restrictiva”*** (Fallos: 1:170; 284:388; 262:507; 302:1209; entre muchos otros).

En este sentido sostuvo la Corte Suprema que *“...desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático de que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del artículo 105 (actual art. 122), tienen derecho a regirse por sus propias instituciones...; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104 (hoy art. 121)”*. Dicho de otro modo, *“el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que en lo sustancial versan sobre aspectos propios de las instituciones locales...”* o *“...del derecho provincial, dictado en uso de las facultades reservadas de las provincias (arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional)”*; con ello se propende al desenvolvimiento armonioso de la autoridad nacional y provincial, lo que trae aparejado ***“la adecuada coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse sólo para ayudarse”*** (CSJ 2865/2015, “Municipalidad de La Rioja c/La Rioja, Provincia de





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

s/amparo”, rta. 23/06/2015 y sus citas; valgan como **ejemplos de esa coordinación** los arts. 23, 24, 27 y 28, Dec. 235/21).

Entonces, corresponde acatar el principio de raigambre constitucional según el cual **“los estados provinciales no están sometidos a la jurisdicción de los tribunales inferiores de la Nación”**. En dicho marco, el emplazamiento contra la Provincia de Buenos Aires debe tramitar ante sus propios jueces puesto que la materia en examen versa esencialmente sobre aspectos de su derecho público interno (Fallos: 329:2316 y 5543; 331:194; 332:1413; CSJN, cnº FSM 13066691/09, “Palmas, Juana Antonia c/Rophe S.A. s/daños varios”, rta. 26/12/18; entre otros).

Sumo, con relación al **Estado Nacional** que no surgen motivos suficientes –según lo expuesto supra- para admitirlo como *parte sustancial* de este litigio de forma tal que avale sus juzgamientos ante estos estrados, toda vez que -reitero- el asunto se encuentra primordialmente atravesado por el derecho público provincial, es decir, que es el Estado local quien tiene en el pleito un interés directo, de manera tal que la sentencia que dicten sus propios jueces es la que le va a resultar obligatoria (doct. Fallos: 330:103 y 173; entre varios).

Recuérdese además que **“no justifica la intervención del Estado Nacional** (en sentido lato) *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*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

presente demanda (doct. de Fallos: 339:1732, consids. 9º y 10, y sus citas)” (Del dictamen de la Procuración General de la Nación en causa nº CSJ 365/2021/CS1, del 18/03/21).

Recapitulando, si bien la autoridad nacional dispuso un marco legal de lineamientos mínimos fundamentales para la reanudación de las clases presenciales en los colegios de todo el país, en virtud del contexto sanitario que transitamos, en verdad son las provincias las que – una vez respetado ese parámetro global- retienen su plena competencia para finalmente completar y ajustar el sistema a las particularidades provinciales y locales. En otras palabras, lo dicho no es otra cosa que el reconocimiento de la soberanía que conserva cada uno de los Estados federados y, por ende, del federalismo argentino (arg. arts. 1º, 5º, 121, 122, 123 y cc., Constitución Nacional; cf. este Tribunal, en causas FSM 37628/2020, “**Guillot**, Sebastián y otrs. c/ Gobernación de la Provincia de Buenos Aires y otr. s/Amparo colectivo”, rta. 19/11/20; FSM 1387/2021, “**Iavarone**, Hugo Alejandro y otrs. c/Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”, rta. 3/03/2021 y dictámenes de la Procuración General de la Nación del 9/02/2021 [cnº FSM 37628/2020/CS1] y 18/03/2021 [cnº CSJ 365/2021/CS1], emitidos en las respectivas causas.

Luego, este Tribunal no resulta competente en el *sub judice*, debiendo intervenir –por la Provincia de Buenos Aires- exclusivamente la justicia ordinaria del Departamento Judicial de San Isidro –en función de que los establecimientos educativos que se pretenden amparar se hallan en el Partido de Vicente López - (arg. arts. 4º, ley 16.986; 116 CNac.).

VI. La pretensión cautelar.

En cuanto a la medida cautelar, el principio general informa que “*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia” (doct. art.196, CPCC).

Si bien, en supuestos excepcionales ello sería posible cuando su pronunciamiento aparece como el único modo de proteger el derecho amparado en la pretensión (doc. art. 196, CPCC; el suscripto en causas: “A.J.A. (e/r de su padre R.A.A.) c/ PROFE y otro s/ prestaciones médicas-amparo-, expediente FSM 11463/2013; “F.R.B. c/ Incluir Salud -PROFE- s/ prestaciones quirúrgicas (amparo), expte FSM 6238/2013; “A.H.R. c/ I.N.S.S.J. P. –PAMI- s/ Amparo”, Expte. N° 120.550, entre muchos otros), no menos cierto es que la incompetencia de la justicia federal en atención a la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional, aparece manifiesta y se apoya no sólo en el criterio del suscripto sino también en el dictamen e intervención de la Procuración General y Defensoría Pública que actúan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esta inteligencia corresponde estar al criterio por el cual se debe privilegiar la premisa que postula que el juez competente es el que en mejores condiciones se encuentra para decidir al respecto, por lo que no corresponde su tratamiento (doc. art. 196, CPCC).

Aun en el mejor de los supuestos para los demandantes, esto es la posibilidad del dictado de una **medida precautelar o interina** (ley 26.854, arts.2 y 4), hasta la intervención del magistrado competente, deben recordarse los **límites de la potestad judicial frente a los actos de la administración. Porque la función judicial no puede sustituir la acción de los otros poderes del Estado, ni asumir la responsabilidad que les cabe**. El bien común, exige el control de la administración por la justicia, pero no admite a los jueces como tales, en función de administradores (cfr. Pearson, “Control Judicial del acto administrativo”, L.L. 1975-B-171).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

Es que en los **gobiernos constitucionales** “los poderes deben obrar ‘en la órbita de su competencia y de acuerdo con la Constitución’, que es la ley suprema. Las Constituciones de los estados constitucionales por antonomasia, además de las reglas que limitan la competencia de los poderes, contienen normas establecidas en defensa de los administrados [...] esas normas constituyen garantías de orden jurídico (Bielsa, Rafael, Anuario del Instituto de Derecho Público, N° 1, Rosario, 1938, ps. 154/155). Porque **en toda decisión del poder administrador relacionada a sectores vulnerables de la sociedad “puede haber una razón política superior” y “debe haber” una razón jurídica (causa jurídica). La primera escapa al control de legitimidad (lato sensu de constitucionalidad), a menos que lesione una garantía constitucional. Entonces el control jurisdiccional surge y se coloca sobre la propia discrecionalidad política** (cfr. C.S.J.N., causa FPA 7789/2015/CS1-CA1, García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, rta el 26 de marzo de 2019).

Lo expuesto pone en evidencia que **el principio de razonabilidad -consagrado en los artículos 28 y 33 de la C.N.- importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos**. Ello obliga a dar a la ley -y a los actos estatales derivados inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien pueda ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, toda vez que el contenido de esa ley será razonable, justo, válido (cfr. Bidart Campos, “Derecho Constitucional”, T. II, págs. 118/119; CNac.CAF, Sala III, causa N° 12.048/09 “Forex Cambio S.A. (TF 27070-I) c/D.G.I.”, rta el 25/06/2010; arg. art. 19 CNac.).

En tal sentido, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la norma en que se encuentra inserto o bien su aplicación





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

torna ilusorios aquellos, de modo que llegue, incluso a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, **es deber de los jueces su contralor y decisión para dejar de aplicarlos**, a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra posibles abusos de los poderes públicos (CSJN, Fallos: 308:857; 311:1937).

Pero esos actos administrativos gozan de presunción de legitimidad. En este sentido, el Alto Tribunal destacó que la suspensión precautoria no procede, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta la presunción de validez que ostentan (CSJN, Fallos: 323:3277 y 3326; 326: 2741 y 4888; 327:4301). Si bien esa regla admite excepciones cuando se los impugna sobre bases que aparecen *prima facie* verosímiles, de aquel principio se deriva la obligación de adoptar un criterio de *particular estrictez* en el examen de medidas suspensivas de los efectos de tales actos. En este orden de razonamientos, **todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora**, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 329:3890; 4161 y 5160, entre otros). Asimismo, en los procesos contencioso administrativos, a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, debe agregarse la ineludible consideración del *interés público* (Fallos 307:2267 y 314:1202; conf. también, Sala IV *in re* “Cohelho Guillermo”, del 14/5/85; entre otros).

Sobre dicha base, se ha sostenido que, en principio, el otorgamiento de medidas precautorias con este alcance no sería posible frente a un caso de mera apariencia; sino ante una **verosimilitud**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

calificada por la existencia de indicios serios y graves respecto de la ilegitimidad invocada, con fundamento en la presunción establecida en el art. 12 del decreto ley 19.549.

Por lo tanto y bajo las pautas señaladas, **se encuentra a cargo del actor la demostración de que el acto cuestionado se encuentra fundado en falsas motivaciones y carece de razonabilidad, carga que, ciertamente y sana crítica mediante, no aparece cumplida en autos** (arg. arts. 377 y 386, CPCC).

En efecto. De un lado, el **decreto Presidencial 241/21**, sostiene su **decisión** considerando que *“desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso del transporte público de pasajeros [...] en el (AMBA) se incrementó en un [...] (25%), según datos aportados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE de la Nación”*; aunado –entre otras razones- a que *“el grupo de persona de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el (7,3%) del total de casos”* y sin desconocer la *“importancia de la presencialidad en la actividad escolar”* dispuso *“en el aglomerado [...] (AMBA) [...] 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 **orden provincial** el **dec. 181/21** (B.O. pcial. 17/04/21), en sus considerados precisó: *“... las medidas establecidas por el Gobierno Federal [dec. presidencial 241/21], a las que adhiere la provincia de Buenos Aires, son razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país, y se adoptan en forma temporaria, toda vez que resultan necesarias para proteger la salud pública”*. En línea con ello, la **resolución N°1208/21 (16/04/2021)** de la Jefatura de Gabinete de la Provincia de Buenos Aires,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

estableció un sistema de “Fases” en el que estarán incluidos los municipios de acuerdo al riesgo epidemiológico y sanitario que presenten, brindando una serie de pautas sobre cómo funcionará el sistema de acuerdo al porcentaje de contagios y población. En función de ello determinó los distritos de la Provincia que se encontraban incluidos en fase 2, 3, 4 y 5. En general, se encuentran, según la autoridad provincial en FASE 2: los municipios que constituyen el AMBA; en FASE 3: Azul, Balcarce, Campana, Chivilcoy, etc.; en FASE 4: Bahia Blanca, Dolores, General Pueyrredón, etc.; en FASE 5: Lezama, Coronel Dorrego, etc.

De otro lado, el amparista descrea de estas afirmaciones o bien entiende que estas son irrelevantes o carentes de razonabilidad frente a las necesidades de la comunidad educativa y a los intereses especiales de los educandos de la comuna. Destacó en apoyo de su postura la opinión de Ministro de Educación de la Nación, informes de organismos locales e internacionales y acompañó un informe sobre “*Evolución Situación Epidemiológica Covid-19 – Clases Presenciales- Sistema Educativo Municipal*” actualizado al 9/04/21, sosteniendo que no existe excepcionalidad para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia, como así su irrazonabilidad y falta de proporción en relación con el contexto fáctico y jurídico.

Ya me he referido *in extenso* a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el citado precedente “Guillot” y tengo opinión formada con relación –en general- a la imprescindible necesidad de las clases presenciales, a la afectación de los más vulnerables por su ausencia, al perjuicio que ello significa para el niño que no cuenta con conectividad, los perjuicios que se derivan del distanciamiento físico de la escuela, el futuro incremento de la deserción, las necesidades de alimentación y contención para aquellos a quienes la escolaridad les garantiza el acceso a la higiene y comida, etc., cuestiones estas que ocupan y preocupan sobre todo a las intendencias y entidades intermedias





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

que constituyen el primer eslabón de contención (conf. causa “Guillot” citada, considerando sexto).

Pero el convencimiento antes expresado no basta para confrontar, sin más, las decisiones gubernamentales de suspender provisoriamente la presencialidad en las escuelas, refutando las causas en que las autoridades las fundan. En ese sentido, los elementos de juicio arrojados al legajo resultan insuficientes “per se” para justificar la pretensión cautelar con el mínimo grado de verosimilitud exigible, ni aun en el orden precautelar, en la medida en que no desvirtúan la presunción de legitimidad a la que aludiera en párrafos precedentes.

Sumo que, amén de la información y prueba aportada por el amparista en apoyo del pedido de anticipo de jurisdicción, se carece asimismo de la información y documentación con que contara el Presidente de la Nación y su equipo para adoptar la decisión de suspender la presencialidad en la actividad escolar (conf. **dec. Nac. 241/21**); tampoco están los antecedentes en que se sustenta la adhesión del Gobernador de la Provincia respecto de tal decisión, por encontrarla **“razonable y proporcionada”**, ni aquellos que hacen a la determinación de los territorios afectados y las distintas “fases” en que se encuentran (estadísticas, evolución de los contagios, disponibilidad hospitalaria, desplazamiento de personas en el territorio, etc.; conf. **dec. 181/21 y Resol. Jefatura de Gabinete 1208/21**).

Esta incerteza solo es superable mediante la producción de prueba, lo que imposibilita un pronunciamiento inmediato frente a la obligación de remitir lo actuado al juez competente.

Es que, las razones que motivan la impugnación de los amparistas deben ser confrontadas y ratificadas por los medios de prueba pertinentes para asegurar así el dictado de una sentencia debidamente fundada y que constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, y **con**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.

ADM. DE SAN MARTIN 2

independencia de las convicciones personales en pugna, y -en particular- la del juzgador (cfr, CSJN, Rec.Queja 1, CNT 024235/2010/1/RH001).

VII. Reflexión.

Al decidir el citado precedente “Guillot” (19/11/20), sostuve que “... *sin perjuicio del margen de actuación que impone el sentido de lo aquí decidido, debe aceptarse que todo esfuerzo resulta escaso en salvaguarda de los derechos antes referidos, por lo que es de esperar la **reafirmación e intensificación** de medidas de acción positiva por parte de los agentes responsables de las acciones educativas, en el marco de sus respectivas incumbencias y de acuerdo a la situación epidemiológica de cada lugar, para garantizar en un plazo razonable el acceso seguro a la educación presencial de todo el colectivo concernido y, con especial énfasis, respecto de aquellas niñas/os que compondrían grupos vulnerables o con dificultades en la vinculación, en función del derecho a la educación y protección reseñado ...*”

Al fin, en el entendimiento que la presencialidad escolar no sólo afecta al niño sino al conjunto de la sociedad por todas las consecuencias que de ello derivan, en la creencia de que pueden existir otras modalidades que cumpliendo el mismo cometido atenúen ese perjuicio (presencialidad parcial, optativa, etc., transporte único para miembros de la burbuja, pautas específicas para el ingreso a los establecimientos u otras que disminuyan el traslado de personas, etc.), es de esperar que sobre esta cuestión y con los elementos de juicio necesarios, la comunidad toda encuentre el rumbo del diálogo esperanzador en la construcción de un camino de consenso que –por definición- no puede imponerse en un pleito.





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT.
ADM. DE SAN MARTIN 2

A tenor de todo expuesto;

RESUELVO:

1) Declarar la falta de legitimación pasiva respecto del **Estado Nacional**, porque la *litis* debe integrarse exclusivamente con la Provincia de Buenos Aires, sin costas por no haber mediado sustanciación.

2) Declarar la incompetencia de la Justicia Federal para entender en las presentes actuaciones de acuerdo a las consideraciones establecidas en este pronunciamiento (arg. arts. 4 ley 16.986; 116 CNac.), y respecto de la pretensión cautelar estar a lo decidido en el considerando VI.

Regístrese, notifíquese al Señor Fiscal y a la Sra. Defensora Oficial ante el Juzgado. Teniendo a la vista lo que ilustra la página web del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (www.scba.gov.ar), con relación a los juzgados provinciales en turno con jurisdicción en la localidad de San Isidro, líbrese correo electrónico a la casilla de email de la receptoría general de expedientes receptoria-si@jusbuenosaires.gov.ar, a fin que se recepcione el presente legajo para su ulterior asignación y correspondiente tramitación, adjuntándose copia de todo lo actuado, escrito de promoción de demanda y la documentación acompañada al efecto, dándose al presente el carácter de muy atenta nota de envío.-

OSCAR ALBERTO PAPAVERO

JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#35445958#286663815#20210419003343417