

**PROMUEVE ACCION DE AMPARO**

**SOLICITA MEDIDA CAUTELAR**

**INTRODUCE CASO FEDERAL**

Señor Juez:

**PATRICIA BULLRICH**, documento de identidad N° 11.988.336, en mi carácter de Presidente del Consejo Directivo del partido **PRO-PROPUESTA REPUBLICANA**, con domicilio en Balcarce 412 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de **LUCAS C. INCICCO**, T° 54 F. 789 CPACF, domicilio electrónico 20-20269699-7 y de **CARLOS MANFRONI**, T° 18 F°470 CSJN, con domicilio electrónico 20-10900280-2, constituyendo domicilio procesal en Avda. Santa Fe N° 1.127, piso 5, oficina "I", de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.S. me presento y digo:

I. **PERSONERIA**

Como surge de la Resolución N° 12 de 2020 de la Junta Electoral de PRO-PROPUESTA REPUBLICANA y del Acta N° 29 del 6 de marzo de 2020 del Consejo Directivo Nacional del mencionado partido político, he sido designada Presidente de dicho Consejo Directivo, conforme a la documentación referida, que adjunto como Anexo I.

Destaco que, según lo estatuido por el art. 57 de la Carta Orgánica partidaria que se adjunta también bajo Anexo I, el presidente del Consejo Directivo es el representante legal y político del partido, por lo que en tal carácter me presento ante los estrados de V.S.

En el carácter invocado, solicito ser tenida por parte y con el domicilio constituido en el lugar arriba indicado.

II. **OBJETO**

Vengo a promover acción de amparo contra el Estado Nacional de la República Argentina, con domicilio en la calle Balcarce 50, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que V.S. declare la inconstitucionalidad del DECNU-2021-241-APN-PTE, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 15 de abril de 2021, y todas las disposiciones reglamentarias y complementarias dictadas o que se dicten en consecuencia; como asimismo del DECNU-2021-235-APN-PTE en sus arts. 14, inc. e) y 18.

Todo ello, con sustento legal en lo normado por el art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986 y en base a los fundamentos de hecho y de derecho que seguidamente pasaré a exponer.

### III. LEGITIMACION PROCESAL

Esta parte funda su legitimación activa en la presente causa en su condición de partido político de orden nacional con personería vigente.

Es menester señalar que en lo que respecta a la legitimación activa de la entidad que presido, para iniciar la presente acción, vale acudir, en primer término, al artículo 38 de la Constitución Nacional en cuanto reconoce a los partidos políticos como **instituciones fundamentales del sistema democrático argentino**.

Aún antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación los había caracterizado como órganos de la democracia, intermediarios entre el cuerpo electoral y los representantes, fuerzas que materializan la acción política. Incluso, ha llegado a señalar que la vida política de la sociedad contemporánea no puede concebirse sin partidos; que en los hechos, sistema de partidos y sistema representativo son sinónimos y que junto con la técnica de representación, la intercalación de los partidos en el proceso político es la invención más importante en el campo de la organización política (conforme Fallos: 310:819).

Precisamente, tal papel institucional se plasma en la Carta Orgánica que rige la organización y funcionamiento de Pro-Propuesta Republicana en tanto establece que el partido se pone al servicio del sistema democrático de gobierno, asumiendo la defensa de los derechos humanos (artículo 1). A su vez, en su Declaración de Principios establece como objetivo primario de su acción la satisfacción de la dignidad del individuo en tanto se recree en una sociedad digna y que, en ese orden, son reclamos y derechos ineludibles el acceso en igualdad de condiciones a la educación, a la salud, a la vivienda y al trabajo. En el mismo instrumento, sostiene que la educación es el principio que comanda los nuevos paradigmas de crecimiento social y que las nuevas tecnologías y el acceso libre y democrático a la información permiten la igualdad y un nuevo equilibrio social (también como Anexo I se adjunta la Declaración de Principios junto con la Carta Orgánica).

Precisamente, como institución fundamental de la democracia, un partido político tiene un interés esencial, implícito en su propia naturaleza, de resguardar el sistema representativo, republicano y federal que establece nuestra Constitución Nacional en su artículo 1°.

Mal podría un partido político ser una institución fundamental del sistema democrático si no tuviera las herramientas para defender, precisamente, esos tres pilares sobre los que se asienta nuestra propia democracia.

Esos tres principios: la representatividad, el republicanismo y el federalismo, han recibido una dura embestida con los decretos cuestionados, cuya emisión sienta un peligroso precedente para el futuro de la democracia. Y la principal herramienta de un partido para cumplir semejante misión que la Constitución Nacional le encomienda es, precisamente, la legitimación ante la Justicia para reclamar por los atropellos al sistema que está obligado a defender.

Por ello, y con énfasis en la función de intermediación de los partidos como canalizadores de las demandas de la sociedad, es que acudimos en búsqueda de tutela judicial efectiva ante el avasallamiento de sus derechos fundamentales.

El acceso a la jurisdicción mediante la acción de amparo se apoya en la posibilidad de confirmar la condición de «parte» a quienes, aun sin resultar «dueños» de un derecho subjetivo, acreditan un «interés» importante que actúa de soporte para la legitimación (Amaya, Jorge Alejandro, "La legitimación en el amparo luego de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿una nueva dimensión?", disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084987.pdf>).

En estos términos es parte interesada para promover la presente acción, legitimación que, además, surge del artículo 43 de la Ley Fundamental en tanto habilita al afectado, al Defensor del Pueblo de la Nación y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, a interponer acción de amparo en lo relativo a los "derechos de incidencia colectiva", en tanto el objeto del reclamo coincida con los propósitos para los cuales ha sido creada la institución. Claramente, como V.S. puede observar de su carta orgánica y de su misma naturaleza, esas condiciones se verifican en la constitución y existencia de PRO-PROPUESTA REPUBLICANA.

Al respecto, el Máximo Tribunal Nacional, con vista al resguardo de la garantía a la tutela judicial efectiva, señaló que cuando en este tipo de acción se persigue preventivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, tienen derecho a reclamar, en protección de tales derechos, todos aquellos que han sido legitimados en el artículo 43 de la Carta Magna Nacional (Fallos: 320:690).

Conforme a lo señalado, la entidad actora está legitimada entonces para invocar sus legítimas pretensiones en defensa de un derecho de incidencia colectiva de substancia institucional que propende al "interés o fin público", pues procura la defensa pluriindividual de los intereses de una categoría de personas (ciudadanos afectados por las medidas dispuestas en los decretos cuestionados) cuyas notas individuales son intrascendentes para la resolución de la controversia frente a la homogeneidad en el origen de la lesión invocada.

Mediante la presente acción se persigue la defensa de los derechos individuales homogéneos tanto de los afiliados como de todos los ciudadanos que integran la Nación Argentina, ya que este partido es, junto con otros sectores políticos que integran Juntos por el Cambio, la principal fuerza opositora en las últimas elecciones.

Señalado lo anterior, corresponde destacar que la legitimación de los partidos políticos para intervenir en juicio en defensa de los derechos de sus afiliados –ya se trate de intereses colectivos, o incluso de intereses individuales homogéneos– ha sido tradicionalmente admitida por la jurisprudencia en cuestiones análogas a la presente.

Asimismo, al conformar como partido político una de las instituciones fundamentales del sistema democrático está interesada en resguardar los derechos constitucionales que han sido vulnerados por las normas citadas.

A mayor abundamiento, la legitimación de la entidad actora encuentra sustento en el artículo 43 de la CN y en los artículos 8 y 25, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –con jerarquía constitucional– conforme artículo 75 inc. 22 de la CN. Con invocación de tales normas el Máximo Tribunal ha admitido en forma reiterada y pacífica la legitimación activa de las asociaciones especiales, tanto cuando éstas demandan por vía de amparo como por vía de acciones declarativas de inconstitucionalidad. (Fallos: 320:691; 323:1339; 325:524; 326:215, entre otros).

Por otra parte, no cabe duda alguna que en el presente caso se encuentra en juego la vigencia de derechos de raigambre constitucional que la entidad actora se ha comprometido a resguardar y que, en pos de obtener su debida protección es que nos presentamos ante los estrados de V.S.

#### **IV. PROCEDENCIA DE LA VIA INTENTADA**

Procede la presente acción de amparo ya que están dados los supuestos previstos en el art. 43 de la Ley Fundamental, cuyo texto está redactado de la siguiente manera:

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

En primer lugar, los decretos de necesidad y urgencia que impugno disponen medidas que vulneran groseramente derechos expresamente previstos en la Ley Suprema de la Nación y pactos internacionales de igual jerarquía, y resultan violatorios de la

autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires.

En segundo lugar, el Poder Ejecutivo decidió por vía de esa norma inmiscuirse en materias no delegadas por las diversas jurisdicciones al Gobierno Federal, en contra de lo que establece el artículo 121 de la Constitución:

"Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Precisamente en orden a esas circunstancias, se ha violado la autonomía de las provincias y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El artículo 5º de la Carta Magna, en cuanto establece:

"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

El subrayado, por cierto, es mío.

Y el artículo 129 de la Constitución dispone:

"La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad".

En tercer lugar, el Poder Ejecutivo ha conculcado casi la totalidad de los derechos de los habitantes amparados por el artículo 14 de la Constitución Nacional: de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, de profesar libremente su culto, de enseñar y aprender.

En cuarto lugar, ha utilizado un Decreto de Necesidad y Urgencia fuera de los casos que la propia Constitución autoriza, como se demostrará a lo largo de esta presentación.

En quinto lugar, y en el caso específico, no existe un medio judicial más idóneo a través del cual sea posible lograr la reparación del daño que la actual vigencia de los decretos cuestionados ya está provocando en amplios sectores de la población y la violación de principios de nuestro sistema republicano, representativo y federal.

En este sentido se ha señalado:

"Siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría, remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los

jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía del amparo a fin de que los procedimientos ordinarios no tornen abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales".<sup>1</sup>

En este punto también se ha escrito que:

"El requisito de idoneidad' previsto para las vías paralelas debe confrontarse con la celeridad del medio elegido. Pero esa calidad, o aptitud de otro remedio potencialmente más apto para considerar y tutelar el derecho de que se trate, no tiene que ser demostrada por el interesado, sino resuelta por el juez como un deber de la función jurisdiccional"<sup>2</sup>

Por otro lado, en este caso los actos lesivos provienen de una autoridad pública y resultan claramente ilegítimos, ya que como lo señala Néstor Sagüés:

"Es la legitimidad un concepto más amplio que la legalidad, porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad) y socialmente aceptada (justificación social)"<sup>3</sup>

Y en este sentido agrega Gozáini que:

"También es posible identificar ilegitimidad con arbitrariedad, como sinónimo de injusticia, pues la distinción permite que el amparo proceda contra actos legales pero irrazonables, sea porque a pesar de tener sustento en la ley se aparta absurdamente de ella, o porque en la misma ley en que se apoya existe el vicio de arbitrariedad"<sup>4</sup>

En suma, en el presente caso se configuran:

- 1) Existencia de actos de autoridad pública: el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 235/2021 y N° 241/2021 por parte del Poder Ejecutivo Nacional.
- 2) Que los actos de autoridad pública denunciados alteran y amenazan de manera arbitraria los derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional.

Tal alteración se vincula con la existencia de circunstancias que ponen en real, efectivo e inminente peligro la plena vigencia de nuestra Constitución Nacional y los Pactos Internacionales a ella incorporados.

<sup>1</sup> Díaz, Silvia Adriana; Amparo, Edit, La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 109.

<sup>2</sup> Gozáini, Osvaldo Alfredo; Derecho Procesal Constitucional, Amparo, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 316

<sup>3</sup> Sagüés, Néstor Pedro; Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo, 5ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 1995

<sup>4</sup> Gozáini... op. Cit. p. 289.

3) Vulneran de manera ilegítima y arbitraria derechos fundamentales y garantías reconocidas por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos de los habitantes del país, especialmente de la zona geográfica denominada Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Y esa conculcación se hace, además, desconociéndose las autonomías que dispone la forma federal de gobierno. Se presenta así, el carácter manifiesto de la vulneración de derechos consagrados constitucionalmente mediante los decretos N° 235/2021 y N° 241/2021, lo que implica que debe advertirse sin asomo de duda, que existe una situación de palmaria irrazonabilidad.

Así también las disposiciones de los decretos, que se tachan de inconstitucionalidad, no respetan el precepto constitucional de la DIVISIÓN DE PODERES, por lo cual la arbitrariedad e ilegalidad resultan manifiestas.

En cuanto al límite del medio judicial más idóneo, este es el más eficaz por cuanto no existe un remedio judicial alternativo que resulte más expedito, rápido y que garantice una decisión oportuna de jurisdicción en resguardo de los derechos fundamentales que se hallan conculcados.

La patente inconstitucionalidad de estos decretos resulta cuestión justiciable.

La Constitución Nacional, en su art. 31, sobre la supremacía constitucional, prevé que la voluntad del Constituyente se encuentra por sobre la del Ejecutivo, el que se ha erigido en legislador y, más aun, en legislador en las materias que la Carta Magna veda incluso al propio Congreso Nacional.

Por ello, en uso de las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución al Poder Judicial, corresponde que los jueces intervengan cuando tales derechos se desconozcan o se encuentren amenazados.

El Poder Ejecutivo Nacional, se inmiscuye e invade la división de Poderes, atribuyéndose facultades que le están expresamente vedadas.

Por todo lo expuesto, porque existe una arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en los decretos que se cuestionan; porque han sido dictado por una autoridad pública; porque vulneran en forma actual e inminente de cara al futuro el derecho de trabajar, ejercer el comercio y toda industria lícita, el derecho a la educación y a la salud, el derecho a circular y transitar libremente, entre otros, previstos en la Constitución y tratados internacionales con jerarquía constitucional, como también avasallan la autonomía que nuestra Carta Magna garantiza a los estados provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y porque no existe una vía judicial más idónea ni expedita que la presente acción, es que corresponde y procede esta vía de Amparo, reconocida en 1957 en el caso Siri, y luego recepcionada por la ley 16.986 y más tarde por la misma Constitución Nacional.

## V. IMPOSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE DICTAR DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA PARA LA MATERIA REGULADA

El artículo 99 de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo:

“...solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

Del propio texto de nuestra ley fundamental surge la contradicción con los decretos de necesidad y urgencia atacados, por diversas razones.

En primer lugar, no hay aquí circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. El Congreso Nacional se encuentra en período de sesiones ordinarias y funcionando plenamente. A modo de ejemplo, destaco que el Congreso funcionó velozmente durante la pasada Semana Santa, incluidos días consagrados por la religión judía y por la Iglesia Católica, para la sanción de una modificación de la ley de impuesto a las ganancias. Ningún motivo hubiera impedido que lo hiciera también para dedicarse a las medidas encaminadas a prevenir efectos del COVID19. No se encuentra configurada pues, en el caso, la situación de necesidad que requiere la Constitución para la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia.

Todo ello sin contar que ni siquiera una ley formal del Congreso podría haber avasallado las autonomías provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como los derechos consagrados en el artículo 14 de la Carta Magna.

Pero es muy probable que el Congreso Nacional no hubiera caído en semejantes extremos, como sí lo hizo el Poder Ejecutivo con los decretos impugnados.

Por otro lado, la situación que el Poder Ejecutivo declara que pretende prevenir y en la cual fundaría la supuesta urgencia para su intervención mediante los decretos atacados, no resulta inesperada ni deriva de otra circunstancia que no sea su propia inactividad durante los períodos de aislamiento decretados durante 2020.

Estos últimos decretos de necesidad y urgencia, que por esta presentación se impugnan, revisten una gravedad significativamente mayor a los anteriores.

En un primer momento, tanto la población como las fuerzas políticas de la oposición comprendieron que la pandemia, si bien no había tomado al gobierno con sorpresa, porque las autoridades demoraron en adoptar ciertas medidas, como el cierre de fronteras, de cualquier modo, se había desencadenado con una velocidad que no

permitía adecuar a tiempo el sistema de salud, lo cual incluía la adquisición de vacunas, cuando estuvieren disponibles. Así, el decreto 297, del 19 de marzo de 2020, contenía entre sus considerandos, la invocación a esa carencia:

“Que, toda vez que no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19”.

Sin embargo, a la fecha transcurrió más de un año desde que el gobierno nacional invocó aquella causa para un cierre casi total de las actividades sociales y económicas. Durante ese período, supuestamente el Poder Ejecutivo iba a encarar las medidas encaminadas a preservar a los habitantes, fundamentalmente mediante la adquisición de las vacunas que se desarrollaran. Pero ocurrió que las vacunas se desarrollaron –no una, sino muchas y de diversa procedencia-, diferentes Estados las compraron, incluyendo países vecinos al nuestro, pero la Argentina continúa con una inexplicable falta de vacunas.

Semejante inacción resulta altamente reprochable, porque la Argentina había sido seleccionada como uno de los cinco países donde el laboratorio Pfizer, uno de los más prestigiosos del mundo, haría pruebas sobre ciudadanos que se prestaran voluntariamente a inocularse sus vacunas.

Así sucedió y esa sola circunstancia daba el derecho al Estado Argentino a la adquisición de millones de vacunas en condiciones preferenciales, pero inexplicablemente esas vacunas nunca ingresaron en el país ni el gobierno expuso las razones de esa circunstancia. Únicamente se dedicó a adquirir vacunas de Rusia, de China y hasta trascendió que estaría negociando un contrato con Cuba.

Parecería que al gobierno lo impulsan motivos ideológicos o geopolíticos -si es que no existen otros inconfesables- que orientan sus decisiones respecto de la salud de la población. Pero las motivaciones ideológicas o políticas, aun si de eso se tratara, jamás podrían legítimamente prevalecer sobre la salud de un pueblo. Si así fuera, estaríamos en presencia de una conducta que merecería reproche penal.

De acuerdo con el seguimiento de *Our World in Data*, sostenido por diversos medios de prensa de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, le llevaría un extenso tiempo a nuestro país, si se mantiene el moroso ritmo de aplicación de vacunas actual, alcanzar la llamada “inmunidad de rebaño”, que se estima lograda con la vacunación de un 70% de la población del país.

La estadística de esa organización refleja el número de días que le falta a cada uno de los países para alcanzar esa inmunidad, de acuerdo con el ritmo actual y se actualiza permanentemente.

La situación para la Argentina es angustiante si se toma en cuenta la desacertada e incompetente gestión de la pandemia que viene desplegando desde hace más de un año el Poder Ejecutivo, la cual se ha visto agravada por la ineptitud del gobierno en la adquisición y suministro de las vacunas. Estos malos antecedentes nos obligan a inferir que será de dudoso cumplimiento la aseveración de que las restricciones impuestas por los decretos impugnados se limitarán solo a un período de 15 días.

De acuerdo con ese mismo gráfico interactivo, a los Estados Unidos le restaban, al 22 de marzo, 134 días; al Reino Unido, 108; a Chile, 66; y a Israel 43 días, que ya los habría alcanzado y levantó las restricciones.

Según otro estudio procedente de la misma fuente para igual fecha, entre los países cuya población o parte de ella había recibido las dos dosis de vacunación, no figuraba la Argentina. Figuraban, en cambio, Estados Unidos (44,14 millones de dosis); India (7,49 millones); Turquía (5,04 millones); Israel (4,56 millones); Brasil (3,39 millones); Alemania (3,25 millones); Chile (2,87 millones); Rusia (2,75 millones); Italia (2,49 millones); Francia (2,43 millones); Marruecos (2,43 millones); Indonesia (2,31 millones); y el Reino Unido (2,23 millones).

Ciertamente, estas cifras se van alterando con el transcurso de los días, pero lo que no se modifica es el retardo con el que el gobierno nacional encaró la cuestión de la vacunación en relación con otros países, no todos los cuales son naciones ricas o miembros de la OCDE.

En otra estadística, publicada por el New York Times, puede verse la cantidad de dosis de vacunas aplicadas cada 100 personas según cada país, siempre a esa fecha (menos de un mes atrás):

Mientras el número para Israel es de 110 (es decir, más de una dosis); Chile: 45 dosis; Estados Unidos: 38 dosis; Serbia: 31 dosis; Italia: 13 dosis; Uruguay: 9 dosis, la Argentina llevaba suministradas 7 dosis cada 100 personas.

Por tanto, hay como mínimo una negligencia injustificable del Poder Ejecutivo durante los cierres anteriores de actividades, si es que la falta de acción no obedece a motivaciones corruptas o a razones ideológicas.

El gobierno ha mantenido la cuestión de los contratos de vacunación en el más absoluto secreto, como lo destaca la agencia *France24*, en un informe del 1º de abril de 2021, titulado "*Vacunas con mordaza: el secretismo en torno a los contratos en Argentina*".<sup>5</sup>

Entonces, el gobierno no puede ahora pretender remediar su falta de acción con decretos de necesidad y urgencia y nuevos cierres que, a juzgar por el tiempo restante para que la Argentina alcance la denominada "inmunidad de rebaño", podrían

<sup>5</sup> <https://www.france24.com/es/am/C3%A9rica-latina/20210331-secretismo-contratos-vacunas-argentina-acceso-informaci%C3%B3n>

extenderse por bastante más tiempo que los 15 días previstos, ya que la falta de vacunas que se adujo en el primer decreto es apenas poco mayor a la que hoy se registra y un poco algo inferior que probablemente se registrará durante varios meses.

No se entiende por qué el gobierno estima que la solución al problema de los contagios se alcanzará con 15 días de aislamiento, cuando no lo logró con casi un año y, además, no está a la vista una adquisición masiva de vacunas para llegar al 70% de la población.

Todo haría prever, entonces, que el Poder Ejecutivo Nacional pretende mantenernos encerrados durante otro año y, si así no fuera, carece de sentido este aislamiento durante 15 días.

Esto demuestra que la urgencia que se alega para el dictado de un DNU es falsa, de absoluta falsedad, por cuanto el Poder Ejecutivo desperdició el precioso tiempo que le concedió la encomiable paciencia del pueblo durante 2020 y no adquirió las vacunas que podrían haber llevado tranquilidad a los ciudadanos.

Si el Poder Ejecutivo hubiera considerado que se trataba de una situación urgente, hubiese adquirido de cualquier país respetable las vacunas necesarias para inmunizar a la población; pero no lo hizo, y ahora pretende eludir al Congreso mediante el fácil camino de los decretos de necesidad y urgencia, herramienta de la que, por otro lado, ha venido abusando desde que comenzó esta gestión.

En segundo término, el Poder Ejecutivo tiene vedado el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia penal, como lo señala la propia norma constitucional que crea esa herramienta.

Los sucesivos decretos han establecido, en violación de las autonomías locales, las actividades y horarios restringidos, con un grado de detalle impropio de su misión. Sobre esas regulaciones, se presentan denuncias contra los ciudadanos que supuestamente las infringen, con apoyo en el artículo 205 del Código Penal:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

Se trata, de algún modo, del caso de “ley penal en blanco”, cuya constitucionalidad es discutida, porque deja en manos de otro poder la configuración de un tipo penal.

Ahora bien, para empeorar esa situación, las regulaciones dispuestas no se refieren a personas que padezcan el COVID19 y puedan diseminarlo, sino a la generalidad de los habitantes, estén o no estén enfermos, por lo cual semejante exceso y sus irracionales y desproporcionados alcances, pasan de algún modo a ampliar la

voluntad del legislador que sancionó la norma penal y, por tanto, ingresan ya sin duda alguna en materia vedada.

Cualquier persona puede ser detenida por transitar por la vía pública quince minutos después del horario establecido como límite, como si esa sola circunstancia lo hiciera responsable de la propagación de una enfermedad.

El hecho de que el Poder Ejecutivo pretenda legislar por decreto de necesidad y urgencia, como lo hizo, y en el mismo texto normativo se auto-delegue la reglamentación de sus propias disposiciones –ya que remite a normas complementarias que no define-, importa una grave exorbitancia funcional, rayana con la suma del poder público, porque ello implica completar una norma penal en blanco como la prevista en el mencionado artículo 205 del Código Penal.

Así lo expresa el artículo 25 del Decreto 235/2021, al que el nuevo decreto 241 remite. Es decir, que por vía indirecta pero efectiva, termina legislando con el instituto en cuestión en una materia expresamente prohibida (artículos 29 y 99 inciso 3 de la Constitución Nacional), con lo que pone seriamente en crisis los resguardos constitucionales involucrados.

## **VI. VULNERACIÓN AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN (ART. 14 C.N.)**

Resulta arbitrario, ilegal e inconstitucional el mandato del artículo 18 del Decreto 235/21 y 6° del Decreto 241/21.

El Poder Ejecutivo carece de competencia para legislar sobre la restricción de la circulación nocturna, toda vez que, en los hechos, una disposición así equivale a un Estado de Sitio, cuya competencia para ser ordenado corresponde al Congreso de la Nación Argentina, conforme al artículo 75 inc. 29 de la Constitución Nacional.

Esa vulneración se está llevando a cabo por un DNU, pero igualmente debe destacarse que si no se reúnen los requisitos que prevé la Carta Magna, ni siquiera la intervención del Congreso podría subsanar semejante atropello, ya que el derecho a circular está expresamente previsto en el artículo 14 de la Ley Fundamental.

La declaración de un Estado de Sitio únicamente está prevista para el caso de conmoción interior, que claramente no es el supuesto que se registra en el caso del Covid19. No existe agitación, no está demostrado que las fuerzas del orden hayan sido desbordadas y, por otro lado, el público ha cumplido de una manera ejemplar con los protocolos establecidos por el gobierno. No tiene sentido imponer restricciones a un pueblo que ya ha sido demasiado castigado con el quiebre o deterioro de su economía y que ha obedecido de una manera pocas veces vista las normas oficiales.

La libertad de circulación es considerada internacionalmente un derecho humano y, por muchas legislaciones, como la nuestra, como un derecho constitucional. Por tanto, las limitaciones impuestas a las libertades constitucionales resultan improcedentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un comunicado requiriendo especialmente que las medidas restrictivas de los derechos sean "las mínimas necesarias y más razonables".

Por otro lado, las restricciones impugnadas carecen de razonabilidad.<sup>6</sup> Ella presupone que hay mayor conglomeración de personas a la noche que ingieren alcohol, agravando así la situación de desprotección frente al Covid. Sin embargo, durante el día, hay mayor cantidad de personas que circulan para desplazarse por razones laborales o sociales, que se reúnen y también ingieren sustancias etílicas (bares, confiterías, restaurantes, etc.) número que resulta sustancialmente mucho más denso por los motivos indicados que los que se registran en la noche, durante la cual puede llegar a circular el 20% de la población, a lo sumo; y, sin embargo, no se limita el desplazamiento durante el día.

En síntesis, el argumento brindado por las autoridades es la suposición de que, en horas de la noche se concentran las personas más jóvenes en reuniones o fiestas. Aun si por hipótesis se admitiera ese presupuesto, la actividad recreativa de unos pocos no puede cercenar el derecho de todos, por cuanto no hay razonabilidad ni proporcionalidad.

En todo caso, una cuestión como la expuesta podría ser materia de regulación provincial o municipal (ya que se trata de materias administrativas no delegadas); por ejemplo, mediante la prohibición de vender bebidas alcohólicas en determinados horarios –norma que existe en varias jurisdicciones- o la regulación, también provincial o municipal, de la proporción de público que puede reunirse en bares, restaurantes, cines, comercios o shoppings.

Lo que no puede hacer el Poder Ejecutivo Nacional es avanzar sobre esas materias que no le han sido delegadas por las provincias ni por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

---

<sup>6</sup> "Que la dinámica actual de la transmisión y la aparición de nuevos casos se origina principalmente en actividades sociales y recreativas nocturnas que implican contacto estrecho prolongado, en espacios cerrados con escasa ventilación o abiertos con aglomeración de personas que dificultan el uso de tapabocas/nariz y el mantenimiento de la distancia física, y conllevan alto riesgo de transmisión, en especial en los grupos de personas que luego se constituyen en agentes de contagio hacia los grupos de mayor riesgo. Que, asimismo, esta situación se puede ver agravada por el consumo de alcohol ya que el mismo facilita el relajamiento del cumplimiento de las reglas de conducta y distanciamiento. Que, con el objetivo de disminuir los contagios, es necesario adoptar medidas respecto de este tipo de actividades, las cuales por lo general se realizan en horario nocturno. Por ello, en los lugares de "Alto Riesgo Epidemiológico y Sanitario" se establece la restricción de circular para las personas, entre las CERO (0) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente, previéndose a dicho fin que los locales gastronómicos deban permanecer cerrados entre las VEINTITRÉS (23) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente".

**VII. LESIÓN ACTUAL E INMINENTE AL DERECHO DE TRABAJAR Y DE EJERCER COMERCIO E INDUSTRIA LÍCITA (ART. 14 CN) Y AL DERECHO DE PROPIEDAD (ART.17 CN):**

El artículo 14 de la Constitución Nacional –casi no haría falta recordarlo; lo estudiábamos desde la escuela primaria- asegura a los habitantes los siguientes derechos:

“...de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Dentro de esa serie de derechos, al trabajo se le reconoció tanta importancia que se le añadió un artículo especial para protegerlo, que es el 14 bis. Si bien esa cláusula está orientada en su mayor parte a la relación entre el trabajador y la empresa, es obvio que no hay trabajo ni hay trabajadores donde no hay empresas o donde las empresas están cerradas o al borde de la quiebra.

De acuerdo con datos del INDEC, hacia fines de 2020 se habían perdido, a causa de las sucesivas “cuarentenas”, dos millones ciento setenta y cinco mil trescientos trece puestos de trabajo (2.175.313), discriminados de la siguiente manera<sup>7</sup>:

	Cantidad de empleos perdidos:
Actividades primarias	26,358
Industria manufacturera	106,959
Construcción	148,689
Comercio	525,464
Hoteles y restaurantes	148,450
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	130,468
Servicios financieros, de alquiler y empresariales	276,393
Administración pública, defensa y seguridad social	184,891

<sup>7</sup> INDEC. Trabajo es ingresos Vol.5 num1, Mercado de Trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH). Cuarto Trimestre de 2020.

Servicio doméstico	394,465
Otros servicios comunitarios, sociales y personales	326,218
Otras ramas	20,674
<b>Total</b>	<b>2,175,313</b>

No se trata de cifras para no tomar en cuenta o para pasar ligeramente por alto. Hay más de dos millones de personas que quedaron sin trabajo debido a los cierres dispuestos por el gobierno.

Así, caprichosamente, el Poder Ejecutivo dispone que comercios tales como restaurantes o negocios de venta en general deben cerrar sus puertas a las 19:00, lo cual para la mayoría de ellos significa la pérdida de la casi totalidad de su clientela nocturna, que en el caso del ramo gastronómico es la que mayores ganancias reporta.

Ni siquiera comenzando una cena en un restaurante a las siete de la tarde alguien podría cumplir con las disposiciones del decreto, pues la empresa y el cliente estarían en infracción desde el mismo comienzo, lo cual sitúa a la norma fuera de toda lógica.

La falta de lógica se exhibe también en el efecto contraproducente para sus propios fines que semejante imposición aparejaría, ya que, en el mejor de los casos, la consecuencia de un horario más limitado sería el agolpamiento de público dentro de esa estrecha franja de tiempo autorizada, por ejemplo en supermercados, con el consecuente aumento de las posibilidades de contagio.

Las pérdidas en la economía en la Argentina no resultaron menos sorprendentes.<sup>8</sup>

La actividad económica cayó 10%, porcentaje que duplica al de América latina.

La población bajo la línea de pobreza alcanzó un 40,9%. La pobreza infantil, un 56,3% según el INDEC.

La Cámara Argentina de la Mediana Empresa reveló que en el país cerraron 90.000 locales y que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desaparecieron el 15%. En las galerías, debido a que ellas fueron cerradas por protocolo, ese número llega al 19% en la Ciudad.

Entre esos locales, 2500 eran gastronómicos, a consecuencia de lo cual se perdieron 50.000 puestos de trabajo únicamente en ese rubro.

Los quebrantos en el sector hotelero y gastronómico, desde que comenzó la cuarentena, se pueden estimar en siete billones de pesos (millones de millones)

<sup>8</sup> SIRACUSA, Martín. INSTITUTO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS EN SEGURIDAD, abril de 2021.

Las pérdidas en la industria por la cuarentena ascienden a más de un billón de pesos (un millón de millones).

Resulta evidente que la restricción a la libertad de trabajar, de comerciar y de ejercer toda industria lícita atenta en forma inmediata contra el derecho de propiedad. En primer lugar, porque el titular de un negocio o de una empresa pasa a tener un dominio limitado sobre sus emprendimientos; un dominio de cuyo usufructo se ve privado, por lo cual no es un dominio completo. En segundo término, porque esa privación, sumada a los gastos a los que debe hacer frente terminarán a la brevedad – y en muchos casos ya ha sucedido – por hacerle perder la propiedad por completo, la que deberá vender a valores irrisorios o, simplemente, contemplar cómo se le embarga y se remata por los acreedores, entre los cuales paradójicamente figura, paradójicamente, el Estado Nacional.

Sin considerar todavía los argumentos jurídicos que a continuación se expondrán, no se puede clausurar transitoriamente actividades de la manera desaprensiva e irresponsable con la que se ha emitido el DNU impugnado, sin considerar los perjuicios que se ocasiona a la población, mayores que la hipotética y no probada relación de su actividad con el aumento de los contagios.

En realidad, esta desproporcionalidad ya constituye por sí misma un argumento jurídico, toda vez que la orden –además, formalmente viciada– no guarda relación con la causa del acto administrativo.

No existe una sola prueba ni en los fundamentos del DNU ni en los discursos del señor presidente, para sostener que el trabajo que ha sido prohibido resulte el responsable de un aumento de contagios.

Habría de esperarse, frente a una medida tan drástica, aun sin considerar todavía su ilegitimidad formal, que se acompañaran estudios científicos que probaran esa relación. Pero no fue así. Todo se aseveró en forma dogmática y como si se tratara de algo sin importancia; como si la letra que se escribe ligeramente en una computadora tras una conversación entre dos o tres personas no significara la ruina económica, la angustia, la desesperación, el empobrecimiento y la soledad de millones de ellas.

Parece evidente que a la autoridad nacional le resulta demasiado fácil arruinar la vida ajena con unas pocas firmas. Y eso es precisamente lo que no puede suceder, porque cuando algo así ocurre, es una señal de que el pueblo está inerme frente al despotismo del poder exacerbado y fuera de órbita.

Ante todo, la pretensión del gobierno nacional está fuera de órbita en cuanto a su competencia.

Nadie, ni un estudiante de Derecho, ni siquiera un estudiante de escuela secundaria, podría siquiera imaginar que el presidente de la República fuera capaz de legislar

sobre materias tales como los horarios de determinados locales, las actividades que deben permanecer en funcionamiento o detenerse, quiénes pueden transitar de una ciudad a otra o dentro de la misma ciudad, dónde practicar un deporte o hacer gimnasia, el *delivery* y el *take-away*.

Cualquier persona con mediana instrucción sabe que, por el artículo 121 de la Constitución Nacional:

"[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Una vez más, el Poder Ejecutivo Nacional está incursionando en una materia sobre la que ni siquiera el Congreso de la Nación puede establecer regulaciones que limiten derechos, salvo por medio del Estado de Sitio y siempre que se verifiquen los presupuestos de conmoción interior que, en este caso, sencillamente no existen.

#### **VIII. LESIÓN AL DERECHO A PROFESAR LIBREMENTE SU CULTO (ART. 14 CN).**

El derecho a ejercer libremente el propio culto resulta tan importante para los pueblos que la Constitución de los Estados Unidos lo ha recogido en la Primera Enmienda:

"El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición de su libre ejercicio; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios".

Adviértase que la protección al libre ejercicio de una religión está garantizada junto con el derecho a reunirse pacíficamente.

Ningún gobierno, por voluntad de ninguno de sus poderes, puede coartar este derecho soberano que nuestra Constitución recoge en el artículo 14.

Si el Poder Ejecutivo (o, llegado el caso, aun el Legislativo) prohíben las actividades religiosas en lugares cerrados, en algunas iglesias, sinagogas o mezquitas, esto equivale a prohibir el mismo ejercicio del culto. No todos los templos tienen un parque aledaño ni todas las temporadas del año resultan aptas para participar de una celebración a la intemperie.

El Poder Ejecutivo ha avanzado, por tanto, sobre derechos que resultan sagrados para la mayor parte de la población, en sus diferentes profesiones religiosas, y ello resulta inadmisibles, por lo cual tal prohibición debería ser anulada por V.S. y así lo solicito.

## IX. VULNERACION DEL DERECHO A LA EDUCACION. LA PRESENCIALIDAD EN LAS AULAS. LA IRRAZONABILIDAD DE LA MEDIDA ADOPTADA POR EL ESTADO NACIONAL

### **1. Antecedentes**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró, el 11 de marzo de 2020, el brote del virus SARS-CoV-2 como una pandemia. En este marco, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260 dictado con fecha 12 de marzo de 2020 amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la OMS en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un año. Asimismo, fue prorrogada la declaración de emergencia sanitaria a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 167, dictado el 6 de marzo del corriente. El art. 13 de dicha norma dispuso que el Ministerio de Educación de la Nación establecería las condiciones en las que se llevaría a cabo la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos los niveles durante la emergencia, de conformidad con las recomendaciones de la autoridad sanitaria y en coordinación con las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones.

Posteriormente, en atención a la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, el Poder Ejecutivo Nacional estableció, mediante DNU 297/2020, la medida temporaria de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020. En ese marco, fue suspendido en todo el país, como medida extraordinaria y excepcional, el dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario, institutos de educación superior y todas las modalidades del sistema educativo.

Por Resolución N° 423/2020, el Ministerio de Educación de la Nación, creó el "CONSEJO ASESOR PARA LA PLANIFICACIÓN DEL REGRESO PRESENCIAL A LAS AULAS", conformado con la más amplia representación de todos los actores relevantes de la educación básica obligatoria y superior, y con funciones de planificar y asesorar respecto del regreso de los estudiantes, docentes, personal directivo y no docente a los establecimientos educativos de educación inicial, primaria, secundaria, superior no universitaria y universitaria.

En cumplimiento de dicha normativa, mediante Resolución N° 364/2020, el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN aprobó el "Protocolo Marco y Lineamientos Federales Para el Retorno a Clases Presenciales en la Educación Obligatoria y en los Institutos Superiores". A partir de ese acto, las jurisdicciones fueron elaborando los distintos planes para el regreso seguro a las clases presenciales.

Posteriormente, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 67/2021, dictado con fecha 29 de enero del corriente, el Poder Ejecutivo Nacional estableció la posibilidad

de reanudación de las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales de acuerdo con los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y, en todos los casos, con la actuación bajo los protocolos debidamente aprobados por las autoridades. Asimismo, dispuso que la efectiva reanudación en cada jurisdicción era materia de decisión por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, y "facultó" a ellas (como si pudiera hacerlo) a suspender las actividades y reiniciarlas conforme a la evolución de la situación epidemiológica.

El propio DNU estableció que:

"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".

En este marco, se iniciaron las clases presenciales, con la aplicación de los debidos protocolos sanitarios diseñados por las autoridades locales.

El 8 de abril, el Gobierno Nacional dispuso, mediante el art. 10 del DNU 235/2021, el mantenimiento de las clases presenciales y las actividades educativas no escolares. Las presenciales, con efectivo cumplimiento de los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387, ambas del 13 de febrero de 2021, del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.

En este sentido, estableció que tanto el personal directivo, docente y no docente como los alumnos -y sus acompañantes, en su caso-, que asistieran a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedarían exceptuados de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según correspondiera y, a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

El retorno a la presencialidad se ha desarrollado en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cumpliendo con los Protocolos aprobados por la Autoridad de Aplicación, con la suficiente y basta planificación, organización y capacitación que involucró al conjunto del sistema educativo y con la adopción de nuevos hábitos y medidas de cuidado.

Fue así como las escuelas organizaron sus espacios educativos (ya no corresponde hablar de "aulas"), dado que cualquier recinto del establecimiento puede constituirse como tal a fin de albergar a los estudiantes en el espacio que resulte más apto para guardar el debido distanciamiento.

Otra consideración de importancia producida en los últimos días fue la vacunación a la que han accedido los docentes y personal no docente y que, desde el portal web oficial del Gobierno Nacional, se ha informado que han abierto un registro donde puede anotarse el personal docente, no docente, personal directivo o de apoyo de una institución educativa oficial de cualquier nivel a los fines de organizar la distribución de vacunas cuando las dosis estén disponibles y el cronograma de vacunación confirmado.

Sin embargo, intempestivamente, el 14 de abril de 2021, el presidente de la Nación, en un mensaje comunicado a través de los medios de prensa, anticipó una serie de medidas que iba a implementar a partir de las 00:00 horas del 16 de abril del corriente año, entre las cuales figuraba la suspensión de las clases presenciales.

## 2. El acto lesivo

El día 15 de abril de 2021, en horas de la noche, se publicó en el Boletín Oficial de la Nación el decreto de necesidad y urgencia N° 241/2021, en cuyo ARTÍCULO 2° se dispuso: "Sustitúyese el artículo 10 del Decreto N° 235/21, por el siguiente:

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

El citado DNU N° 235/2021 dispone en su artículo 3°:

"LUGARES ALCANZADOS POR EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO: A la fecha de dictado del presente decreto se encuentran alcanzados por lo dispuesto en el artículo 2°, los siguientes lugares: El aglomerado urbano denominado ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) que, a los fines del presente decreto comprende a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y los siguientes TREINTA Y CINCO (35) partidos de la Provincia de BUENOS AIRES: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López".

En síntesis, el Ejecutivo Nacional, resolvió, unilateralmente, suspender las clases presenciales, supuestamente dentro del periodo fijado, en los distritos mencionados.

En plena contradicción con lo establecido en la legislación previa en relación con la adopción de medidas sanitarias que den prioridad al funcionamiento de las clases presenciales, el último Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241 de fecha 15 de abril de 2021, determinó la suspensión de las clases presenciales, sin fundamento alguno en orden a la situación epidemiológica vigente.

Este acto no cuenta con motivación suficiente, no resulta razonable ni tampoco proporcional, y es a todas luces ilegal e inconstitucional.

El acto aquí cuestionado vulnera de manera palpable el derecho a la educación (enseñar y aprender: art. 14 CN) y, en cuanto a las competencias locales, pretende prohibir a la Provincia de Buenos Aires y sus municipios comprendidos en la norma, así como a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantizar la prestación del servicio, algo a lo que esas jurisdicciones están obligadas por el artículo 5° de la Constitución Nacional, nada menos que como condición para conservar su autonomía.

Se configura, con lo hasta aquí descripto, una grave afectación al derecho a la educación que tiene raigambre constitucional y convencional y que afecta tanto a las autonomías provinciales, de la CABA y a los derechos fundamentales de alumnos, maestros, profesores, personal directivo y no docente.

### **3. Educación, Salud y Clases Presenciales**

En primer lugar, debe destacarse que la educación es un derecho humano fundamental y, por ende, universal, inalienable, e inherente a toda persona humana, el cual contribuye inexorablemente al desarrollo de su dignidad.

El derecho a la educación se encuentra garantizado en nuestra Constitución Nacional en el art. 14, desde 1853. Este derecho jamás fue puesto en duda ni fue separado de los preceptos fundamentales que dieron origen a nuestro país como Nación en ninguna de las reformas posteriores.

Por el contrario, el derecho a la educación conforma, actualmente, una prerrogativa que se encuentra reforzada por la incorporación a nuestra Constitución Nacional de Convenciones y Tratados Internacionales, plasmados en el art. 75 inc. 22, que se enlazan con el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Debe destacarse, además, que la educación es el único derecho al cual la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) otorgó una finalidad: el pleno desarrollo de la personalidad, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta finalidad convierte a la educación en un derecho que, más allá de su contenido específico, tiene importantes implicancias para el disfrute de los demás derechos. Asimismo, no sólo permite el desarrollo personal sino que abarca una dimensión social, cuyo objeto contiene elementos indispensables para la vida comunitaria.

Respecto de los instrumentos del Derecho Internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 26 reconoce que toda persona tiene derecho a la educación y que "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos...".

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, reconoce el derecho a la educación y la obligación de los estados de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza.

En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone, en el artículo 28, la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar y, a través del artículo 29, proporciona directrices hacia las cuales estará encaminada la educación del niño, incluyendo el "desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus posibilidades.

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos Humanos establece:

"Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad, y solidaridad humana. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con los dotes naturales, los méritos, y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado..."

Así también, el Comité de Derechos del Niño sostuvo, en relación con los propósitos de la educación, la necesidad de que ésta gire en torno al niño/a, le sea favorable y lo/a habilite; que lo/a prepare para la vida cotidiana, y fortalezca su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos (Observación General N° 1/2001 de dicho Comité).

Por otra parte, el derecho a la salud también constituye un derecho constitucional de las personas y ella no se limita sólo a la ausencia de enfermedad sino también al equilibrio físico psíquico y emocional según definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y eso, en los menores tiene una correlación directa con la asistencia al colegio e interrelación con sus maestros y pares.

El derecho a la salud, derivado del derecho a la vida, tiene jerarquía constitucional por la preceptiva del artículo 75 inciso 22 y así, es reconocido en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos; por ejemplo, según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados reconocen el derecho de toda persona a disfrutar el "más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12.1).

Concretamente, el derecho a la salud ha sido reconocido expresamente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XI y XII; Declaración Universal de Derechos Humanos por sus artículos 1º, 3º y 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4º, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el artículo 12.

Se trata entonces de dos derechos de raigambre constitucional que deben armonizarse en el contexto actual de la pandemia.

En este punto, es imperioso poner de relieve que el Estado Nacional, a través de las normas aquí atacadas, está vulnerando gravemente ambos derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los instrumentos internacionales reseñados y, con ese proceder, compromete la responsabilidad de nuestro país en el cumplimiento de dichos tratados.

La opinión emitida por los organismos expertos en materia de educación y salud, entiende que adoptando las medidas por parte de los Estados, que ponderen el derecho a la educación y la salud, no puede desconocerse que la escuela es fundamental para el desarrollo y el bienestar de los estudiantes no sólo para la adquisición de conocimientos sino también para el fortalecimiento de aspectos emocionales y sociales, el cuidado de aspectos nutricionales, de la salud y la realización de la actividad física, entre otros.

La asistencia a clases presenciales satisface un papel esencial en la socialización de niños/as y adolescentes, en la promoción de la inclusión como participación efectiva en los procesos de enseñanza y en el logro de los aprendizajes fundamentales. La escuela presencial es el espacio por excelencia para el encuentro con los pares y con el conocimiento, que el contacto y el intercambio presencial no resultan reemplazables para lograr las metas educativas referidas al desarrollo de habilidades sociales y emocionales que permitan aprender a vivir con otros y que la escuela en su formato presencial es garante de derechos fundamentales y necesaria para que la educación de los menores no esté limitada por su nivel de autonomía, la disponibilidad suficiente de apoyos y las condiciones de sus hogares.

La Nación y las autoridades jurisdiccionales competentes deben asegurar el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de alternativas institucionales, pedagógicas y de promoción de derechos, que se ajusten a los requerimientos locales y comunitarios, urbanos y rurales, mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente en todo el país y en todas las situaciones sociales. **Esta obligación no fue satisfecha en el ciclo 2020, donde no se ha respetado el programa pedagógico y muchos niños y jóvenes han perdido contacto con la escuela.**

Por otra parte, debe tenerse especialmente en cuenta que la evidencia nos demuestra que la educación a distancia no es un sustituto natural de la educación presencial.

Incluso si el nivel de participación de los estudiantes en la educación a distancia es aceptable, la efectividad percibida depende de la calidad del proceso de enseñanza y aprendizaje, lo que plantea retos significativos.

Al cerrar las escuelas, las sociedades también cerraron uno de los pocos canales de movilidad social. Conforme fuera expuesto por el Plenario del Consejo Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la organización *Healthychildren.org* manifestó que los menores en la escuela, además de lectura, escritura y matemáticas, aprenden habilidades sociales y emocionales, hacen ejercicio y tienen acceso a servicios de ayuda para la salud mental y otros servicios que no se pueden ofrecer por medio del aprendizaje en internet.

Al respecto es menester destacar que en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asesoría Tutelar de Primera Instancia en autos "RUIBAL, MARIANA BEATRIZ Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - EDUCACION-OTROS" (Expte. 80269/2021-0) de trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 8 de la C.A.B.A. en su dictamen del 1/03/2021 DI- 614/2021-ATCAYT4, sostuvo que la falta de concurrencia a las escuelas, también ha generado consecuencias no queridas entre los niños niñas y adolescentes que sí fueron advertidas por diversos organismos internacionales especializados en infancia, al sostener por caso que "La emergencia sanitaria ha causado una emergencia social paralela que se prolongará en el tiempo y cuyas consecuencias son aún difíciles de estimar. La violencia contra niños y niñas puede aumentar a causa del confinamiento y otros problemas, como la pobreza infantil, la desatención de las necesidades de niños y niñas con discapacidad o el fracaso y abandono escolar se verán recrudecidos". Dicho organismo ha sostenido que, a medida que avanza el segundo año de la pandemia por COVID-19, es fundamental priorizar los esfuerzos para regresar a la educación presencial en las mejores condiciones posibles de seguridad en todas las escuelas del país. En caso de necesidad de confinamiento, UNICEF recomienda que las escuelas sean lo último en cerrar y lo primero en abrir cuando las autoridades comiencen a suprimir las restricciones. Remarcando a su vez que el impacto del cierre de las escuelas ha sido devastador a nivel mundial, afectando los aprendizajes, la protección y el bienestar de niños, niñas y adolescentes. La evidencia muestra que son los chicos y chicas más vulnerables quienes sufren las peores consecuencias".

La revista *The Lancet*, una de las de mayor impacto en el campo médico, en su edición especializada en Salud Infantil y Adolescente ha publicado recientemente (Marzo 2021) un estudio de caso llamado «Infección y transmisión del SARS-CoV-2

en escuelas primarias de Inglaterra en junio-diciembre de 2020 (sKIDs): un estudio de vigilancia activa y prospectiva» que concluye que "en Inglaterra, las tasas de infección por SARSCoV-2 fueron bajas en las escuelas primarias tras su reapertura parcial y total en junio y septiembre de 2020".

Asimismo, el Centro Europeo para el control de enfermedades, concluye en su publicación de 2020 llamada «COVID-19 en niños y el papel del entorno escolar en la transmisión de COVID-19» que "las investigaciones de los casos identificados en entornos escolares sugieren que la transmisión de niño a niño en las escuelas es infrecuente".

Las evidencias tanto locales como internacionales dan cuenta de que en la escuela los contagios son infrecuentes. Teniendo en cuenta esas evidencias, los protocolos establecidos por las autoridades competentes y el compromiso conjunto de todas las comunidades educativas, la escuela puede seguir siendo el lugar de encuentro, cuidado y seguro, para que se desarrollen los procesos de enseñanza y aprendizaje, con el compromiso de no dejar a nadie atrás.

Es variada la evidencia (UNICEF, UNESCO y OMS) que demuestra que los niños y niñas no se constituyen como actores fundamentales en la propagación del virus y son menos vulnerables que los adultos ante potenciales contagios, así como a desarrollar formas graves de la enfermedad. Bajo este argumento, distintos países del mundo trabajaron fuertemente en la importancia del retorno a la presencialidad exhibiendo los múltiples riesgos a los que quedan expuestos los menores en un contexto de cierre generalizado de escuelas, sobre todo para aquellos estudiantes que viven en condiciones más desfavorecidas. En este sentido, un estudio de UNICEF (2020) llevado a cabo en 191 países concluyó que no existe una relación directa entre el cierre o apertura de las escuelas y las tasas de contagio de COVID-19 en la comunidad, por lo que reabrir las instalaciones educativas no representaría un riesgo considerable si se toman las medidas necesarias de cuidado y seguridad.

Complementariamente, una investigación realizada por el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC), que tuvo lugar en 32 países europeos, indicó que "la evidencia del rastreo de contactos en las escuelas y datos de observación en los países, sugiere que el aumento de casos no está asociado con la apertura de los establecimientos" (European Center for Disease Control, 2020) y que el cierre de escuelas tiene menos efectividad en la reducción de contagios que otras políticas (Viner et al, 2020; Ferguson, et al., 2020).

Además, una revisión de la literatura sobre 47 estudios publicados de transmisión entre niños y adultos encontró que el riesgo de transmisión de los niños a la comunidad es relativamente bajo (Ludvigsson, 2020). Por otra parte, la evidencia indica que, en los países europeos, después de la reapertura de escuelas, los casos

de COVID-19 en niños siguen siendo más bajos que en adultos y, sobre todo, disminuyen en niños menores a diez años (European Center for Disease Control, 2020).

En este orden de ideas, resulta un dato sustancial el hecho de que la Organización Mundial de la Salud rechace el cierre de escuelas. Ya en noviembre de 2020, esta organización recomendaba que las escuelas se mantengan abiertas.

En tal sentido, el director para Europa de ese organismo internacional, Hans Kluge, declaró: "Debemos asegurar la enseñanza para nuestros hijos" y agregó que los niños y adolescentes no son impulsores principales del contagio y que el cierre de las escuelas no es efectivo.<sup>9</sup> Indicó también que los confinamientos son una pérdida de recursos y que provocan numerosos efectos secundarios, como daños a la salud mental o aumento de la violencia de género. Consideró en su declaración que si el uso de las mascarillas o tapabocas supera el 90%, el confinamiento no es necesario.<sup>10</sup>

Al mismo tiempo, UNICEF publicó un informe que revela que "las escuelas no son el principal factor de transmisión en la comunidad" y que "los niños tienen más probabilidades de contraer el virus fuera del entorno escolar". Concluyó UNICEF en que "los beneficios netos de mantener las escuelas abiertas superan los costos de cerrarlas".<sup>11</sup>

Por tanto, el DNU firmado por el señor presidente no sólo resulta contrario a la Constitución Nacional, a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al orden jurídico en general, sino que se apoya en una falsa causa que en el decreto está expresada implícitamente cuando dispone la prohibición de la concurrencia a clases de manera presencial.

En un breve pero contundente artículo, el Dr. Saravia Frías expresó:

"Desde hace un año y medio que la Argentina vive de dicotomías artificiales. Falsas pero sobre todo dañinas. Empezamos con salud versus economía, y terminamos con más de 58.000 muertos, una economía quebrada, sin crédito, con inflación y pobreza escalofriantes. De la peste al hambre, dos jinetes del apocalipsis. Rematamos ahora con una originalidad: salud versus educación, para enquistar la ignorancia, un quinto y nuevo jinete".

<sup>9</sup>INFOBAE. *La OMS apoyó que las escuelas se mantengan abiertas, y consideró que los confinamientos son una "pérdida de recursos"*; 19 de noviembre de 2020; y LA NACIÓN. *Coronavirus: La OMS defiende que las escuelas sigan abiertas pese a la segunda ola*; 19 de noviembre de 2020.

<sup>10</sup> Loc.cit.

<sup>11</sup> Loc.cit.

## X. AVASALLAMIENTO DE LAS AUTONOMIAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

El diseño político institucional que la Constitución desde el año 1853 ha previsto para la organización nacional reside en la forma republicana, representativa y federal de gobierno (art. 1º CN).

En párrafos anteriores, ya se ha hecho referencia al modo como el Poder Ejecutivo Nacional, mediante los decretos que aquí se cuestionan, se inmiscuye en materia ajena a sus facultades y, de esa manera, vulnera la división de poderes propia de la forma republicana de gobierno.

Pero, además, es evidente que también el Poder Ejecutivo atenta contra el federalismo al arrogarse funciones y atribuciones que resultan propias de las provincias o, en su caso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las normas atacadas configuran un avance del Estado Nacional sobre facultades y atribuciones que son de competencia propia y exclusiva de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Claramente el Poder Ejecutivo Nacional avanza sobre el poder de policía local al disponer sobre el cierre de comercios y determinadas actividades, establecer horarios de funcionamiento de ciertos establecimientos, regular las libertades de tránsito y circulación estableciendo restricciones injustificadas o establecer medidas en materia educativa o sanitaria que son materias que corresponden a los estados sub nacionales; conculcando de este modo las expresas previsiones de los arts. 1º, 5, 75 inc. 30, 121 y 129, entre otros, de la Carta Magna.

En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que el diseño del sistema federal reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de los poderes no delegados por estas, a la vez que exige aplicar preeminentemente los poderes federales en las áreas en lo que así lo estableciera la Constitución Nacional, de forma de asegurar el desenvolvimiento armonioso de las autoridades locales y federales y evitar el choque y oposición entre ellas (Fallos 286:301; 307: 360, entre otros).

También ha dicho que su función en la interpretación y deslinde de las facultades locales y federales es interpretar la Constitución de modo tal que, en el ejercicio de ambos órdenes de autoridad, se eviten interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales o viceversa (Fallos 315: 660, 2157 y voto del Ministro Fayt en Fallos: 317:1195 y 318:2664).

No son los expuestos los únicos aspectos inconstitucionales de los decretos 235/2021 y 241/2021, pues surge de sus textos que el Poder Ejecutivo pretende transferir esa inconstitucionalidad a las provincias cuando "delega" en los "gobernadores",

"gobernadoras" y el "Jefe de Gobierno" de la Ciudad de Buenos Aires el dictado de medidas complementarias. Es decir, pasa por alto a las legislaturas provinciales, como si en cada provincia la única autoridad política fuera quien ejerce el Poder Ejecutivo.

Tal supuesta "delegación" resulta insólita, porque parece indicar que se entiende a los gobernadores como funcionarios subordinados al Presidente de la Nación, en un ejercicio de unitarismo que debería despertar mayores reacciones, ante las restricciones que establecen los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional, en cuanto tales normas imponen replicar en las provincias la forma republicana de gobierno y limitan las facultades del Gobierno Nacional a lo expresamente delegado, entre las que no se encuentra el contenido de los decretos de marras.

Este grosero avasallamiento respecto de las autonomías de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ya que los decretos son más específicos respecto a la categoría AMBA, que no existe en la Constitución), merece algunos párrafos dedicados expresamente a CABA.

La elección por medio del sufragio de las autoridades porteñas buscaba equiparar a los habitantes de esa ciudad con el resto de los argentinos, porque tal como sostuvo la doctrina posterior el régimen particular al que estaba sometida antes de la reforma de 1994 permitió que se perpetrara una situación que contradecía los fundamentos de nuestro sistema político, basado en la elección de los ocupantes de los poderes políticos del Estado tanto en el ámbito nacional, como en el provincial y municipal.

La reforma de 1994 puso en un pie de igualdad a la Ciudad de Buenos Aires con las provincias.

La reforma constitucional de 1994 introdujo la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires por medio del artículo 129. La segunda de las normas en juego es la referida al art. 75 inc. 30 que dice:

"Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital Federal y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

El texto incorporado constituye una adecuación y una mejora legislativa al viejo art. 67 inc. 27.

En cuanto a las atribuciones del Congreso sobre la Capital Federal y sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, el órgano deliberativo prosigue con la facultad de ejercer una "legislación exclusiva" en el "territorio" de la Capital.

Esta norma se integra con la Cláusula transitoria séptima que prescribe: "El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129".

Por lo tanto, el Congreso de la Nación carece de competencia para legislar sobre la ciudad de Buenos Aires, puesto que ésta posee poder constituyente para dictar sus propias normas atento a la autonomía plena otorgada a la ciudad.

El debate de la reforma se caracterizó por una postura coincidente entre la mayoría y minoría de los bloques, aunque con matices. La mayoría sostuvo que se trata de una Ciudad-Estado, la que, si bien no es una provincia, tampoco es un municipio, ya que estos carecen de representación en el Senado de la Nación, conforme al art. 44 que enumera expresamente a la ciudad de Buenos Aires con representación en dicho cuerpo deliberativo.

Antonio Hernández (UCR) reseña que, tras el extenso debate de los temas que abordaba el despacho mayoritario que produjo la Comisión de Redacción, se pronunciaron en favor del nuevo régimen para la Ciudad de Buenos Aires los convencionales García Lema, A. Bravo, Del Bono, Márquez, A. Hernández, Valdés, Ibarra, Romero, Brusca, Laporta, Mestre y A. Cafiero, mientras que en contra se expidieron Cornet, Castillo Odena, Llano, Natale y Pose. El convencional Eduardo Valdez (PJ Capital) defendió esta postura, así como también el convencional Aníbal Ibarra, quien, por su parte, reclamó la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires.

La votación arrojó el siguiente resultado: ciento setenta y siete votos afirmativos, veintisiete negativos y tres abstenciones, en favor de la autonomía.

En el nuevo esquema constitucional a partir de la reforma de 1994, se reconoce a la Ciudad de Buenos Aires como un nuevo sujeto de derecho público.

La propia Ley Fundamental le otorga a la Ciudad un estatus superior y distintivo de la calidad de "Capital Federal de la República", diferenciado, por otra parte, tanto de los municipios como de las provincias.

En síntesis, el principio es que las competencias son locales y las atribuciones federales la excepción.

La aseveración de que, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, dicha regla se invierte en su perjuicio, como acaba de hacerlo el señor presidente, equivaldría a sostener que ella se rige por principios ajenos y contrarios al sistema federal que integra.

La Convención Constituyente incorporó el acuerdo alcanzado en el artículo 129 y derogó la atribución presidencial establecida en el 86 inc. 3° de la Carta magna histórica.

La reforma constitucional creó un nuevo sujeto de derecho público: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, independiente de la condición de capital de la república.

Por su parte, el art. 44 de la Ley Fundamental, menciona la composición del Congreso de la Nación compuesto de dos Cámaras, una de diputados y "otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires...".

El artículo 45 dispone que "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado...".

A ello debe agregarse la mención expresa que la Constitución federal realiza en el art. 54, el cual establece que, "El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires...", que no perderá la representación aún en el caso de traslado de la Capital Federal.

Es decir, la Ciudad-Estado de Buenos Aires tiene su autonomía plena, al igual que el resto de las provincias argentinas.

Esta Ciudad-Estado, como bien señala Quiroga Lavié, también convencional constituyente, debe tener garantizada la división de poderes y, en tal sentido, tiene "facultades propias de legislación y jurisdicción y un jefe de gobierno electo por el pueblo"

El Dr. Horacio Rosatti, hoy ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que se trata de una categoría "nueva" para nuestro sistema constitucional, que no debe compararse con las categorías tradicionales, y agrega que es "ciudad" por sus características demográficas y por su trayectoria histórica, "constitucional" porque es la única ciudad designada por su nombre en la Constitución, y "federada" porque integra directamente el sistema federal argentino.

Un artículo que, a contrario sensu, revela como pocos la valla que tiene el poder federal para avanzar sobre legislación propia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, que permite al Congreso ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital, sobre los bienes del dominio público de la Nación. Por tanto, está muy claro que la potestad del Gobierno Federal en la CABA se limita a los inmuebles propios de la Nación. Es decir, una atribución excepcional y con alcance limitado equiparable a aquéllas que el estado federal ejerce sobre establecimientos de utilidad nacional en territorio provincial, en la que debe preservar y no alterar ni vulnerar la autonomía local.

En palabras del jurista Jorge de la Rúa, convencional del 94... "en el marco de los trabajos realizados en Santa Fe sobre el denominado núcleo de coincidencias básicas, fue expreso el rechazo de modificar la cláusula en un sentido que facultara al Congreso a determinar las competencias de esta ciudad-estado. La ley no podrá, en

consecuencia, bajo el pretexto de garantizar los intereses del estado federal, limitar la autonomía de la ciudad ni modificar el reparto de competencias establecido por el propio texto constitucional, debiendo circunscribirse a aquellas cuestiones que, por la materia federal, el lugar o las personas involucradas, deban ser necesariamente reguladas. En suma, es una regulación de relaciones en principio semejante a la que existe entre los estados provinciales y la Nación, pero sus particularidades resultan de la calidad de capital de la república que la ciudad de Buenos Aires conserva. Cuestión distinta es la ponderación de la gradualidad en la transferencia de recursos operativos y funcionales entre Nación y ciudad de Buenos Aires, que debe requerir una especial integración conceptual entre el Congreso de la nación y el gobierno autónomo de la ciudad".

Con el dictado de los fallos "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", CSJ 2084/2017 y "Bazán, Fernando s/ amenazas" CSJ 4652/2015/CS1, ambos del 4 de abril de 2019, el cimero Tribunal Federal –por mayoría– fijó una postura determinante con relación al estatus de la Ciudad, en su rol de último interprete de la Constitución Nacional.

El 4 de abril de 2019, la C.S.J.N., en el caso "Bazan, Fernando s/amenazas", con el voto mayoritario de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, resolvió que ya no intervendrá en la resolución de los conflictos de competencia entre los jueces nacionales y los jueces de la CABA, porque esa competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia, en su condición máxima instancia judicial de la Ciudad. Explicó que la intervención del tribunal local fortalecerá el diseño autonómico establecido en la reforma de 1994.

Más aun, la Corte expresó que "la reforma de 1994 no solamente introduce a la ciudad como un actor autónomo del sistema federal sino que, al hacerlo, modifica radicalmente la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación de la ciudad como sujeto autónomo".

Por lo expuesto, no puede el Poder Ejecutivo Nacional, como lo hace en los decretos impugnados, atribuirse potestades legislativas sobre ámbitos de actuación y competencias que son propias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por otra parte, puede observarse de la redacción del art. 2 del decreto 241, que sustituye al art. 10 del Decreto N° 235:

"...Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo...

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

Como se puede apreciar, las provincias pueden decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, en una clara discriminación que, además, barre de un solo golpe con el sistema federal, si se dejara subsistir este precedente.

Adviértase que el decreto N° 241, en crisis, otorga a las restantes provincias la posibilidad de adherir o no, aún con el “semáforo” epidemiológico igual o peor.

En cambio, al Jefe de Gobierno de la CABA., se le veda esa posibilidad y se le impone una restricción, sin siquiera consultar con las áreas técnicas abocadas a la gestión de la salud y educación.

Este trato discriminatorio traiciona el espíritu del federalismo y lesiona gravemente el necesario equilibrio entre los integrantes de nuestra república.

## **XI. COLOFÓN**

En su internacionalmente célebre obra: “La Peste”, Albert Camus describe paso a paso la angustia irremediable de aquellos que habían sido sometidos en una ciudad al aislamiento a consecuencia de la peste bubónica. La conclusión que surge de la novela es que los efectos del autoritarismo eran la verdadera peste que aplastaba a los pobladores. Algunos pocos párrafos aislados pueden resultarnos tristemente familiares, aun en una modernidad tan diferente al contexto del autor:

“En especial, todos nuestros conciudadanos se privaron pronto, incluso en público, de la costumbre que habían adquirido de hacer suposiciones sobre la duración de su aislamiento”.

...

“Entonces aceptábamos nuestra condición de prisioneros, quedábamos reducidos a nuestro pasado, y si algunos tenían la tentación de vivir en el futuro, tenían que renunciar muy pronto al menos, en la medida de lo posible, sufriendo finalmente las heridas que la imaginación infringe a los que se confían a ella”.

...

"Pero, puesto que él ha vivido en el terror, encuentra normal que los otros lo conozcan a su turno. Más exactamente, el terror le parece así menos pesado de llevar que si estuviese solo".

V.S., no permita que nuestro pueblo caiga en la angustia desesperante del encierro y el aislamiento, dominado por el miedo de las medidas de control,

Nuestro pueblo merece vivir de otro modo.

## **XII. CUESTION DE PURO DERECHO:**

Habida cuenta de las características de esta causa y, en particular, la índole estrictamente normativa del conflicto suscitado, pido se resuelva como de puro derecho.

## **XIII. MEDIDA CAUTELAR:**

Sin perjuicio de la pretensión de fondo a la que apunta esta acción, solicito el pronto dictado de una medida cautelar, en virtud de la cual se disponga la suspensión de todos los efectos de los Decretos N° 235 y N° 241 en cuanto disponen las medidas objetadas en esta demanda, hasta tanto se resuelva en definitiva en el presente juicio.

Las medidas cautelares no son incompatibles con la naturaleza expedita de la acción de amparo ni puede reputarse impropia su acumulación, en tanto que, coincidentemente, se ha dicho que "el carácter sumarísimo de la acción de amparo no obsta a que en su tramitación se alcance un conocimiento pleno y completo. Ello requiere indudablemente una actividad jurisdiccional que insume determinado tiempo, en cuyo transcurso —como en cualquier otro proceso—, puede resultar frustrado el derecho que se intenta proteger. De allí que se suscite en esta materia el mismo problema de aseguramiento preventivo que es común a todo tipo de actuaciones judiciales"<sup>12</sup>

Se agrega que "es el amparo una acción principal cuya lógica procesal puede también verse necesitada de un auxilio de tutela cautelar, sólo viable por medio de una medida que preventivamente disponga el resguardo anticipado del derecho que se intenta proteger"<sup>13</sup>

Para acreditar la procedencia de esta medida, señalaré la existencia de los recaudos que para ello el ordenamiento jurídico procesal exige:

<sup>12</sup> Lázari, Eduardo; MEDIDAS CAUTELARES, Librería Editora Platense S.R.L., T. II pag. 253, 1988

<sup>13</sup> Lázari, op.cit. p.254

#### A.- EXISTE VEROSIMILITUD DEL DERECHO:

Tal circunstancia se verifica cuando existe *"verosímil presunción mediante un conocimiento sumario, de que lo que se dice es probable, o que la demanda aparece como destinada al éxito"*.<sup>14</sup>

El grado de conocimiento que se alcanza al solicitarse una tutela cautelar no permite concluir en la existencia del derecho reclamado, tema que será definido en la sentencia que ponga fin a la litis, pero sí permite presumir con relativa certeza que los argumentos aportados por la reclamante tienen suficiente virtualidad para conmover el ánimo del Juzgador en el sentido de la necesidad y oportunidad de brindar una anticipada defensa del interés expuesto.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia al definir que *"la verosimilitud debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite"* (Cám. Nac. Civ. Sala E, 1-7-77, La Ley, 1980).

En el presente caso, existen fundamentos suficientes, resultantes de la argumentación realizada en este escrito de demanda que dan pleno respaldo a la petición cautelar y también del propio texto de las clarísimas normas constitucionales que vedan expresamente los actos que el Poder Ejecutivo llevó a cabo.

Tal como se ha visto, resulta prima facie acreditado que la aplicación de los decretos cuestionados vulnera los preceptos constitucionales citados. Los fundamentos planteados son claros, suficientes como para tener por configurado el requisito de la verosimilitud jurídica y para desvanecer la presunción de legitimidad de la que gozan actos con formalidades de ley.

Para el caso específico, la verosimilitud de los derechos en juego surge manifiesta a partir de la apreciación de su naturaleza constitucional y las vías mediante las cuales el Estado Nacional pretende restringirlos.

El simple cotejo de los instrumentos normativos que aquí se cuestionan con la entidad de los derechos y garantías constitucionales involucradas convalida la verosimilitud pretendida, porque la violación de estos, hacen justamente a la verosimilitud que V.S. deberá atender para ordenar el otorgamiento de esta cautela.

#### B.- EXISTE PELIGRO EN LA DEMORA Y SE PROYECTA LA IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO:

*"El dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la*

<sup>14</sup> Podetti, Tratado de las Medidas cautelares, p. 54 y sgtes

consecución del bien pretendido".<sup>15</sup> [...] "o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo".<sup>16</sup>

Tal como se ha expuesto en la presente acción, su objetivo es subsanar la arbitraria vulneración de derechos y normas constitucionales y demasiado tarde llegaría la sentencia que declarara inconstitucionales los decretos cuestionados si antes no se dispusiese una medida que garantizara los efectivos derechos de trabajar, ejercer toda industria lícita, circular y transitar libremente, enseñar, aprender y gozar de salud en la concepción integral que contempla la OMS, con todo lo que las consecuencias contrarias pueden acarrear. Resulta evidente que de cara a la concreta petición cautelar que se efectúa, el peligro en la demora estriba en que, ante la inminencia de la implementación de las medidas, las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia.

Pero además, aun en el supuesto de que el Gobierno Nacional no se propusiera prorrogar su insólita medida, si por esa circunstancia la causa deviniera abstracta, quedaría sin una definición judicial el inaudito ataque al federalismo y al principio republicano de gobierno.

### C.- CONTRACAUTELA:

Debido a que no se requiere una medida que ponga en mayor riesgo la situación o el derecho de la demandada, y ante la necesidad de que se dispense la medida para asegurar los resultados de la litis, es que propongo prestar caución juratoria a los fines de cumplir con este presupuesto de la medida requerida.

Cabe aquí dejar planteada la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 10 de la Ley 26.854 –en la que se imposibilita disponer contracautela juratoria–, pues contiene una clara y flagrante intromisión en las facultades propias de los jueces; más precisamente, la de fijar la calidad y monto de la caución. Así lo ha entendido la Sala III de la Cámara Federal de la Plata al señalar que:

*"Existe vicio constitucional por cuanto se impide el accionar de quien ejerce la magistratura en el análisis de las cautelares, indicándosele de qué manera debe actuar -más allá de la mayor o menor estrictez de las pautas evaluativas en cuyo marco debe hacerlo- lo que acarrea una evidente injerencia en el ámbito judicial a más que resulta inadmisibles que por vía de una ley, se introduzcan variantes contrarias al art. 28 de la Constitución Nacional. Por similares razones a las referidas cabe arribar a igual declaración de*

<sup>15</sup> Chiovenda, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, Ed. Reus, Madrid, v. I, pág. 278

<sup>16</sup> Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, pág.

*inconstitucionalidad con respecto a la contracautela exigible (art. 10 inc.1) en cuanto excluye la caución juratoria, dado que ello implica un inaceptable avance sobre las facultades propias de los jueces" (CFed. La Plata, Sala III, "Weiss, Jorge Luis c. AFIP (DGI) s/ medida cautelar autónoma", 10/03/2015, La Ley Online AR/JUR/15182/2015).*

A ello cabe agregar que la limitación contenida en el art. 10 de la Ley 26.854 sólo resulta de aplicación cuando la medida cautelar se dirige contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados y no, en cambio, cuando es solicitada por el propio Estado Nacional y dichos entes. De tal modo, consagra un trato desigual entre los justiciables, carente de toda razonabilidad.

Por tales motivos, se solicita a V.S. que declare, en el caso, la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 26.854.

#### **XIV. PRUEBA DOCUMENTAL:**

Se adjunta, como Anexo I, la siguiente documentación:

- 1- Resolución N° 12 del año 2020 de la Junta Electoral de PRO-PROPUESTA REPUBLICANA
- 2- Acta N° 29 de fecha 6 de marzo de 2020 del Consejo Directivo Nacional del mencionado partido político.
- 3- Carta Orgánica de PRO- PROPUESTA REPUBLICANA
- 4- Declaración de Principios de PRO-PROPUESTA REPUBLICANA

#### **XV. INTRODUCE EL CASO FEDERAL:**

Los argumentos reseñados indican claramente que los actos cuestionados configuran una severa amenaza y lesión efectiva a los derechos de libertad de circulación y tránsito, de trabajar, ejercer el comercio e industria lícita, de propiedad, a la educación y a la salud integral, a la par que vulneran el sistema de gobierno republicano y federal y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, consagrados en la Constitución Nacional (artículos 14, 17, 23, 75 inc. 29, y 28 de la C.N. ) y a los pactos y tratados internacionales con jerarquía constitucional. Dejamos introducida en consecuencia la cuestión constitucional.

Para el caso en que V.S. llegara a rechazar los planteos constitucionales formulados, hacemos reserva de interponer oportunamente el recurso extraordinario federal previsto en la ley 48.

**XVI. PETITORIO:**

Por lo expuesto, a V.S. solicito:

1. Se me tenga por presentada, por parte y con el domicilio procesal constituido.
2. Por interpuesta acción de amparo constitucional.
3. Se agregue la documentación acompañada.
4. Se haga lugar a la medida cautelar requerida.
5. Se tenga presente la introducción del Caso Federal.
6. Se declare la cuestión de puro derecho
7. Oportunamente, se dicte sentencia declarando la invalidez constitucional de los decretos objetados.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA.

  
Presente P.S.  
DNI 11.433.236

Lucas C. Incoco  
Abogado  
T. 54 F. 789

  
Carlos A. Manfroni  
Abogado  
T. 18 F. 470