



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA IV SECRETARÍA ÚNICA
FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS EN POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE INCIDENTE DE QUEJA POR
APELACIÓN DENEGADA - QUEJA POR APELACION DENEGADA

Número: INC 108441/2021-1

CUIJ: INC J-01-00108768-8/2021-1

Actuación Nro: 616158/2021

Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. En primer lugar, cabe dejar asentado que esta Sala IV, en virtud de lo dispuesto por la Resolución CM N°2/2013 y el cronograma de turnos previsto para el año 2021, debe intervenir en el presente caso.

2. En segundo lugar, el Ministerio Público Fiscal dictaminó sobre la admisibilidad del recurso de queja y el pedido de avocación directa de parte de este tribunal, en forma excepcional, del recurso de apelación formulado en la anterior instancia. En atención a los argumentos brindados, que este tribunal comparte y hace suyos, corresponde admitir el recurso de queja, conceder el recurso de apelación y avocarse a su tratamiento.

En virtud de lo antes expuesto, la naturaleza de los derechos fundamentales en juego y la urgencia de la pretensión dirigida a resolver la suspensión de un DNU nacional cuya vigencia comienza a operar a partir del día de mañana, lunes 19 de abril, y que involucra a todos los menores de edad que asisten a clases en el ámbito de la Ciudad, sus padres y cuerpo docente, hacen imposible aguardar el tiempo que demandaría cumplir con los pasos procesales establecidos por el Código de rito.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la forma en que se decide no lleva a involucrarse en el ámbito decisorio del juez de primera instancia toda vez que de conformidad con la normativa aplicable su actuación debe circunscribirse a la concesión del recurso de apelación y posterior elevación de las actuaciones principales.

Que, en consecuencia, una decisión contraria implicaría un excesivo apego a las normas procesales que llevaría a despojar de efectos útiles la decisión que se

adopta. En este sentido, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: *“Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, (...) [un recurso] puede volverse ineficaz si se lo subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable (...)”* (Conf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4).

Es por ello que, ante la excepcionalidad del escenario descrito, y máxime teniendo en consideración el trámite otorgado a las presentes actuaciones desde su inicio, el que dista de ser acorde a la premura y la urgencia que debe imprimirse a causas presentados durante horario inhábil, corresponde a esta Sala expedirse de conformidad con lo previsto en los artículos 248 y 179 del CCAT en torno a la medida cautelar solicitada, a efectos de asegurar una tutela judicial efectiva (art. 18 CN y 13 y 14 CCABA).

Asimismo, mediante la actuación n° 615800/2021 dictaminó el Ministerio Público Tutelar.

3. En tercer lugar, tal como sostiene el Ministerio Público Fiscal, se advierte que en el caso se encuentra seriamente comprometido el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes y el acceso a una tutela judicial efectiva, lo que implica brindar a las partes y a la sociedad una decisión en tiempo útil que responda sus planteos. Al respecto, cabe destacar que el Código Procesal Contencioso Administrativo y Tributario, en su artículo 248 y bajo este excepcional escenario, autoriza al tribunal a decidir los puntos omitidos en la decisión de la anterior instancia.

3.1. En tal contexto, y dado que fue solicitado por la actora (ver actuación n° 615306/2021), corresponde ingresar en el tratamiento de la medida cautelar solicitada en tanto que, el tribunal de grado debía brindar una respuesta y no lo hizo.

La parte actora solicitó una medida cautelar por la cual se ordene la suspensión del artículo 2° del DNU PEN 241/2021 y cualquier otra medida dictada en

consecuencia y se ordene al Estado nacional que se abstenga, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, a poner en ejecución ese Decreto.

Ello, en el marco de la acción de amparo que inició "...contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Ministerio de Educación e Innovación (...) contra el decreto DECNU-2021-241-APNPTE, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 15 de abril de 2021, y todas las disposiciones reglamentarias y/o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia".

3.2. De lo expuesto se advierte –tal como afirma la señora Fiscal en su dictamen- que el Estado local ha sido nominal y sustancialmente demandado en la presente causa, circunstancia que –en principio- apareja la competencia del fuero local para entender en la contienda.

En este aspecto, cabe recordar que la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires precisó de modo general la competencia de este fuero en los artículos 1º y 2º del Código Contencioso Administrativo y Tributario (ley 189).

En el artículo 2º se establece que "[s]on causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa legitimada para estar en juicio sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa y tributaria es de orden público".

Y el artículo 1º prevé que " [s]e consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires".

En virtud de lo expresado, no es posible soslayar la atribución de competencia establecida a favor del fuero local, en el marco de lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Nacional, para entender en el conocimiento de las causas en las cuales el GCBA sea parte.

3.3. Ahora bien, un análisis limitado de la cuestión conlleva a señalar, en este estado liminar del proceso, que el Decreto sancionado por el Poder Ejecutivo nacional, en su artículo 2º, párrafo tercero, vulneraría en forma directa la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su poder de policía, respecto de materias específicamente locales, como es el derecho a la educación.

Asentado lo que antecede, resulta necesario determinar el marco normativo aplicable.

Nuestro Estado federal establece, reconoce y garantiza la autonomía provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reservándose ciertas materias sobre las cuales dichas jurisdicciones locales han delegado al Estado nacional. La educación no es una de ellas.

En efecto, el artículo 5º de la Constitución nacional establece que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; que asegure, justamente, su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria.

Asimismo, el artículo 125 refuerza esta idea, disponiendo que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires “...*pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, **la educación**, la ciencia, el conocimiento y la cultura.*” (el resaltado no es original).

El artículo 75 inciso 19, dispone que el Congreso tiene competencia para dictar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando, dice expresamente, las particularidades provinciales y locales.

En esta línea, la ley nacional de educación N° 26.206 establece en su artículo 4 que “***el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias.*” (el destacado no es original). Asimismo, dispone que, si bien el Estado nacional fija la política educativa y controla su cumplimiento, debe respetar las particularidades provinciales y locales.

Por último, establece expresamente que son responsables de las acciones educativas: el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4º de esta ley (cfr. artículo 6º).

De lo expuesto, se desprende que, en virtud del reconocimiento de la Constitución nacional, la propia ley nacional dispone que la educación implica una materia netamente local, indicando luego en su artículo 16 que el Ministerio de Educación y las autoridades jurisdiccionales competentes son las que deben asegurar el cumplimiento de la obligatoriedad escolar.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires asume en sus artículos 24 y 25 la obligación de asegurar y financiar la educación pública, laica y gratuita, como así también, organizar la de gestión privada. Asimismo, establece que corresponde a la Legislatura local legislar en materia de educación (arts. 80 y 81).

En conclusión, tal como lo sostiene el Ministerio Público Fiscal, es manifiesto que a la luz de los textos constitucionales nacional y local (conf. art. 5º, 121, 122, 129 CN y 6 y 24 de la CCABA) la Ciudad Autónoma cuenta con potestades exclusivas para organizar el sistema educativo en su jurisdicción y que, en caso de omitir tal mandato constitucional, peligra el goce de su propia autonomía (conf. art. 5 CN).

3.4. Sentado este marco normativo, resulta evidente, en este estado inicial del proceso, que lo atinente a la prestación de la educación inicial, primaria y secundaria en el ámbito jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es una competencia netamente local, cuya regulación le compete a la Ciudad y no al Estado Nacional.

Lo contrario, implicaría vulnerar la autonomía local, con grave afectación del sistema republicano de Gobierno.

Recordemos que la autonomía de la Ciudad ha sido recientemente ratificada por la CSJN en los fallos “Bazán” (CSJ N° 4652/2015) y “GCBA c. Prov. Córdoba” (CSJ N° 2084/2017), lo que a su vez se fundan en los precedentes “Corrales” (Fallos: 338:1517) y “Nisman” (Fallos: 339:1342). En todos ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, le reconoce autonomía a la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, reconoció que su

estatus es similar al de una provincia, dado que *“la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”* (“GCBA c. Prov. Córdoba”).

3.5. El DNU PEN N° 241/2021, con fundamento en la velocidad en el aumento en forma sostenida de los casos registrados en el **ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)**, dispuso para esa jurisdicción: “...la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive” (art. 2).

Cabe destacar que, el mismo Poder Ejecutivo Nacional, siete días antes de dictar la medida que aquí se impugna, dispuso a través del DNU 235/2021, que “se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del **CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN**, sus complementarias y modificatorias. En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes. **Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo**” (cfr. art. 10 DNU 235/2021, lo destacado no pertenece al original).

En concreto, se modifica la norma, pero sin motivarse en datos epidemiológicos concretos sobre el área educativa de la Ciudad que justifiquen razonablemente un nuevo cierre de las escuelas.

Así las cosas, cabe destacar que conforme la normativa reseñada, la responsabilidad en la prestación y el modo en que se organiza el servicio de educación es una competencia netamente local y que, por ende, debe ser dispuesta por los órganos constitucionales que tanto la Constitución nacional, local y las leyes dispusieron para ello. Esto es: el Poder Ejecutivo local.

Cualquier interferencia, por más razones válidas que ofrezca, implica lesionar la división federal de nuestro Estado y vulnerar la autonomía local. Máxime cuando la Ciudad de Buenos Aires, en el ámbito de su competencia, venía adoptando las medidas correspondientes para asegurar la prestación del servicio de la educación, conforme las disposiciones consensuadas en el resto del país.

De esta manera y tal como expresa la demanda, por medio de la Resolución conjunta del Ministerio de Salud y de Educación de la Ciudad N° 1/2020, de conformidad con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y de la Resolución N° 82/APN-ME/20 del Ministerio de Educación de la Nación- que aprobó la recomendación de medidas preventivas en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades del país, sean éstos de gestión estatal o privada-; sancionaron el protocolo de medidas preventivas para ser implementado en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean éstos de gestión estatal o privada.

Dichas medidas, que están en constante proceso de implementación y revisión y no fueron descalificadas en forma directa por el Poder Ejecutivo Nacional como fundamentos para adoptar una nueva restricción en el ámbito educativo local.

En tal línea de razonamiento, cabe señalar, tal como sostiene el Ministerio Público Fiscal que “no puede hacerse caso omiso, en esta parte, de la escasa información presentada en punto a incidencia que supondría la presencialidad escolar, y el consecuente uso de los medios de transporte por los menores y, en su caso, sus acompañantes, en el crecimiento del número de personas infectadas por Covid-19. Este dato es de enorme significancia, a poco que se advierta que el Estado Nacional estaría impidiendo que se garantice el servicio educativo los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad, en un contexto donde las energías deberían estar puestas, justamente, en afianzar dicho compromiso, sin suficiente evidencia empírica que trace una relación al menos razonable entre la presencialidad escolar y la mayor propagación de la

enfermedad. Siendo, en cambio, que lo contrario habría sido admitido oportunamente por los actuales Ministros de Educación y de Salud de la Nación” (cfr. actuación n° 615476/2021).

Por lo tanto, dado que el Gobierno local está cumpliendo con las funciones a su cargo, la sanción del artículo 2°, párrafo tercero del DNU PEN N° 241/21 implicaría avasallar las competencias locales con grave afectación de la autonomía local.

4. En cuarto lugar, cabe tener presente que en el artículo 14 de la Ley N° 2.145 se establecen los requisitos que deben acreditarse simultáneamente para admitir medidas cautelares peticionadas en procesos de amparo. Estos requisitos son los siguientes: a. Verosimilitud del derecho. b. Peligro en la demora. c. No frustración del interés público. d. Contracautela.

El artículo 177 del código de rito local en cuanto establece que “[q]uien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (2do. párr.) ...aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)”

Respecto del presupuesto de verosimilitud del derecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que “(...) como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (Fallos: 323:349, 306:2060, 326:4572, 330:1915, entre otros). Es decir, que solo es necesaria la “apariencia de buen derecho”.

Así la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por la parte actora. Por su parte, el peligro en la demora se identifica con el riesgo probable que la tutela jurídica definitiva que aquélla espera de

la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse como consecuencia del transcurso del tiempo.

Tal como se desprende de lo reseñado se encuentra en juego el derecho a la educación. Al respecto, cabe agregar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que “(...) la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos” y ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad (Observación general N° 13, El derecho a la educación (Art.13),08/12/99. E/C.12/1999/10).

Reseñada la plataforma normativa, desde un análisis limitado de la cuestión se observa, en este estado liminar del proceso, que asiste verosimilitud en el derecho invocado puesto que la parte actora ha logrado acreditar tales extremos al poner en evidencia las graves consecuencias que supone para el grupo afectado –todos los niños, niñas y adolescentes que asisten a los colegios, y que son pasibles de una tutela especial- la suspensión de las clases presenciales.

5. En función de lo expresado precedentemente y lo manifestado por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen, cabe considerar acreditados los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Asimismo, también cabe tener por acreditada la no frustración del interés público en tanto que, a través de esta decisión, se intenta garantizar la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, en atención a los derechos implicados y a la naturaleza de la acción planteada, para dar cumplimiento a la exigencia de contracautela, se considera razonable la imposición de una caución juratoria y tenerla por cumplida, dados los términos de la demanda y la petición cautelar.

6. Que corresponde ahora determinar el alcance de la medida ordenada. A tal fin luce imprescindible señalar que el derecho constitucional a la

educación, es un derecho bifronte, es decir, un derecho individual y colectivo. Si bien ambos coinciden en el precepto constitucional difieren, por su naturaleza, en aspectos sustanciales.

La concepción del derecho fundamental a la educación como piedra angular del Estado constitucional de derecho, implica otorgarle categoría de derecho humano básico, no sólo en orden a los individuos sino al sistema mismo, dado que si se violenta severamente esta libertad, se ponen en jaque los demás valores y principios inherentes a la sociedad democrática.

Que, por otro lado, cabe tener presente que la pretensión tiene por objeto la tutela de la indudable dimensión colectiva del derecho a la educación. No se trata simplemente de la pluralidad de sujetos, sino de la naturaleza colectiva del bien jurídico involucrado.

A su vez, no puede soslayarse que se impugna una norma de alcance general que excede el mero interés de las partes. Sobre este aspecto, el Máximo Tribunal ha señalado que: *“(...) el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común”* (CSJN Fallos: 247:601 “Caja de Previsión Social de Médicos, Bioquímicos, Odontólogos, Farmacéuticos, Veterinarios y Obstetras de Córdoba c/ Medical S.R.L. –“ Sentencia del 05/09/1960. F.1074.XLI “Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria” sentencia del 6/05/2008 y CSJN, H. 270. XLII. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” Sentencia del 24/02/2009, entre otras).

En lo concreto, las presentes actuaciones tienen lugar en un contexto de creciente judicialización de la normativa mencionada. Desde esta perspectiva, del universo de causas judiciales existentes –de las cuales muchas han tomado estado público y mediático- es posible identificar una homogeneidad fáctica y normativa.

Asimismo, no debe perderse de vista que estamos en presencia de un proceso colectivo que versa sobre “cuestiones constitucionales”, por lo que resulta razonable la expansión de los efectos de la medida.

Por otro lado, no puede omitirse considerar que la única forma viable que la decisión adoptada salvaguarde efectivamente el derecho a la educación y con ello dotarla de efectos prácticos y útiles es extender el alcance de la medida y suspender los efectos del artículo 2º, párrafo tercero del DNU n° 241/21.

7. Que en la misma línea que el dictamen fiscal, entendemos que lo hasta aquí dicho resulta a todas luces suficiente para hacer lugar a la medida cautelar. No obstante, y en cumplimiento del art. 6º de la CCABA que impone un mandato expreso a las autoridades permanente e irrenunciable para garantizar la plena vigencia de la autonomía de la Ciudad consideramos que la normativa constituye un avasallamiento de la autonomía porteña.

8. Dada la dinámica del contexto sanitario, resulta pertinente que el Gobierno de la Ciudad presente un informe durante el viernes próximo sobre la evolución de la situación epidemiológica.

Por todo lo expuesto, estando acreditados los presupuestos para ello, corresponderá hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, conforme lo expuesto en el punto 3, 4 y 5 y las facultades dispuestas en el art. 184 CCAyT, disponer la suspensión de lo dispuesto en el art. 2º, párrafo tercero del DNU n° 241/21, y ordenar al GCBA que en el marco de su autonomía y competencias propias disponga la continuidad de la presencialidad de las clases en el ámbito del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, conforme la resolución conjunta del Ministerio de Educación y de Salud n° 1/21

El juez Dr. Marcelo A. López Alfonsín agrega:

Atento las cuestiones debatidas en autos y la relevancia institucional que la presente decisión reviste, corresponde que la misma sea notificada al Estado Nacional.

Por lo dicho, el **TRIBUNAL** resuelve: **1.** Hacer lugar a la queja interpuesta y en consecuencia admitir el recurso de apelación. **2.** Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, conforme lo expuesto en los puntos 3, 4 y 5 y las

facultades dispuestas en el art. 184 CCAyT, disponer la suspensión de lo dispuesto en el art. 2º, párrafo tercero del DNU n° 241/21 y ordenar al GCBA que en el marco de su autonomía y competencias propias disponga la continuidad de la presencialidad de las clases en el ámbito del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, conforme la resolución conjunta del Ministerio de Educación y de Salud n° 1/21 **3.** Ordenar al GCBA que cumpla con lo dispuesto en el considerando octavo. **4.** Sin costas por no haber medido contradicción (conf. arts. 14 CCABA, 2º de Ley N° 2.145 –texto consolidado por la Ley N° 6017–, 62 y 63 del CCAyT).

Registro cumplido (Res. CM 19/2019). Notifíquese por secretaría y de forma electrónica a las partes, al Ministerio Público Fiscal y Tutelar.

Oportunamente, devuélvase al juzgado de origen.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires