



Procuración del Tesoro de la Nación

SE PRESENTAN Y ACREDITAN REPRESENTACIÓN-FORMULAN NEGATIVAS-
CONTESTAN DEMANDA Y SOLICITAN SU RECHAZO-PETICIONAN
DESESTIMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR-DENUNCIAN ESCÁNDALO
JURÍDICO-PONEN DE MANIFIESTO INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO-
DESCONOCEN DOCUMENTAL-ACOMPañAN PRUEBA

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Santiago Juan Manuel HERRERA, abogado, (T°68 F°408 CPACF) con domicilio electrónico constituido en 20234647173, email herreras@jefatura.gob.ar, Carolina Soledad MAIDANA, abogada (T°116 F°87 CPACF), con domicilio electrónico en 27283817631, y Axel MONSECH PAEZ, abogado (T°121 F°71 CPACF) con domicilio electrónico en 20340721846, en representación del Estado Nacional constituyendo domicilio procesal en la Avda. Julio A. Roca 782, 7° piso de la CABA (Zona de notificación 53), con el patrocinio letrado del doctor Carlos Alberto ZANNINI, Procurador del Tesoro de la Nación designado por conducto del Decreto N° 27 del 10 de diciembre de 2019 (B.O. 11/12/2019) y del doctor Horacio Pedro DIEZ, Subprocurador del Tesoro de la Nación designado por medio del Decreto N° 77 del 27 de diciembre de 2019 (B.O. 28/12/19), en los autos caratulados "GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL) S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. CSJ N° 567/2021), nos presentamos ante V.E. y respetuosamente decimos:

- I -

PERSONERÍA

Conforme surge de la Resolución del Jefe de Gabinete de Ministros N° 311/2020, de fecha 16-07-2020, cuya copia se acompaña, nos encontramos facultados para asumir la representación del Estado Nacional en estas actuaciones.

Solicitamos se nos tenga por presentados, por parte y por acreditada la personería invocada.

Se tenga por constituidos los domicilios procesal y electrónicos indicados.

- II -
OBJETO

1.- Siguiendo expresas instrucciones de nuestra representada, venimos a contestar el traslado ordenado por esa Excelentísima Corte el día 19 de abril de 2021 y notificado por oficio a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación en el mismo día, de la demanda interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, indistintamente, "GCABA"), mediante la cual impugnó la constitucionalidad del artículo 2º, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241/2021 (DECNU-2021-241-APN-PTE; publicado en el Boletín Oficial del 16-4-2021).

2.- Cabe aclarar que, sin perjuicio de que el oficio notificado a nuestra representada por la Secretaría de esa Excma. Corte menciona que se corre traslado de la demanda y de su escrito de ampliación presentado con posterioridad, se advierte que la resolución de V.E del 19 de abril, adjunta al oficio, corrió traslado sólo de la demanda. El texto de ésta y de la documental adjunta fueron las únicas piezas recibidas en oportunidad de la notificación al Estado

Nacional. Se infiere, entonces, que se trataría de un error material en la confección del oficio.

De no ser así, y dado que no estuvo disponible el acceso digital a la Causa, solicitamos a V.E nos remita copia de la ampliación de la demanda a fin de que esta parte pueda ejercer íntegramente el derecho de defensa de nuestra representada, reservándonos el derecho de ampliar la presente contestación.

No obstante, dada la brevedad de los plazos en curso, el interés en la resolución expedita de la presente contienda y a fin de evitar mayor dilaciones en una causa de transcendencia institucional en virtud de la emergencia sanitaria que atraviesa el país, contestamos la demanda a la luz de las copias efectivamente recibidas.

Adelantamos, desde ya, que por las consideraciones que se efectuarán a continuación, corresponde que V.E. rechace la demanda interpuesta y confirme la constitucionalidad del DNU referido.

- III -

ACLARACIÓN LIMINAR. LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Como señalamiento previo esta representación estatal considera necesario expresar que esta causa debería tramitar en los Tribunales inferiores de la Justicia Federal, toda vez que la instancia originaria de V.E. se encuentra taxativamente prevista para los casos que indica el artículo 117 de la Constitución Nacional, norma que en lo pertinente establece: "... en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que

alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente" (la sobreimpresión no es del original).

La Ciudad de Buenos Aires (en adelante, indistintamente, "CABA"), es una Ciudad dotada de "... un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción", conforme lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Nacional y en el Estatuto organizativo que la rige; tiene un estatus especial, pero ello no la erige en una Provincia de la Nación Argentina.

Tal criterio fue el seguido hasta el pronunciamiento dictado en Fallos 342:533, en el que la mayoría de este Alto Tribunal, por vía interpretativa, y remitiéndose en especial a la doctrina del precedente "Nisman" (Fallos 339:1342), concluyó que el texto del artículo 117 de la Constitución incluye a la CABA. Subyace en ese criterio la idea de que los constituyentes de 1994, inadvertida o erradamente, omitieron incluir a la CABA en el texto expreso de la norma constitucional, tornándose esta en no taxativa, sino simplemente enunciativa.

Del citado pronunciamiento se infiere que la mayoría del Tribunal entiende que por vía interpretativa -en sede jurisdiccional- puede corregirse la letra expresa de la Ley Fundamental.

Esta representación estatal entiende que, más allá de circunstanciales criterios mayoritarios de este Alto Tribunal, la única posibilidad de corregir el texto expreso de la Constitución es una reforma según el procedimiento previsto en ella.

Ahora bien; teniendo en cuenta que V.E. ya definió que el tratamiento de estos autos corresponde a su competencia originaria, en concordancia con el criterio de la mayoría en Fallos 342:533, recientemente reiterado (20 de abril del año

en curso) en los autos caratulados "GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO - DECRETO 735/PEN/2020" (Expte. N° CSJN 1141/2020) y "GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ESTADO NACIONAL s/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD - COBRO DE PESOS" (Expte. N° CSJN 1865/2020), se procederá a responder sin más el traslado conferido.

- IV -

NEGATIVAS

Negamos todos y cada uno de los hechos invocados por la actora, que no sean objeto de especial reconocimiento en el presente escrito, por no constarnos su existencia. En tal sentido, de manera categórica negamos:

1. Que sea procedente la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada por la actora.

2. Que el DNU N° 241/2021 lesione derecho alguno de la actora y le haya provocado un daño.

3. Que el DNU N° 241/2021 trasunte una inconstitucional afectación a la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Que el DNU N° 241/2021 esté en directa y abierta contradicción con los artículos 5°, 121, 129 de la CN.

5. Que el DNU N° 241/2021 afecte los principios de legalidad, razonabilidad y supremacía constitucional (arts. 19, 28 y 31 de la CN).

6. Que la norma aquí impugnada por la actora la afecte de algún modo.

7. Que los antecedentes jurisprudenciales y doctrina citados por la actora sean aplicables en estos actuados.

8. Que con el dictado de la norma atacada el PEN se haya entrometido en facultades propias y exclusivas de la actora, relacionadas con la educación y la salud.

9. Que la actora no disponga de otro medio para ponerle término a la situación descripta en su demanda

10. Que el DNU N° 241/2021 haya venido a subvertir el orden constitucional.

11. Que el Estado Nacional haya hecho tabla rasa con el texto y el espíritu de la Constitución Nacional; y que haya vulnerado precepto constitucional alguno.

12. Que el Estado Nacional, mediante el dictado del DNU N° 241/2021, haya impuesto una solución extrema que no encuentre justificativo en la situación epidemiológica actual.

13. Que el Gobierno Nacional no haya presentado prueba o estudio para justificar la decisión adoptada.

14. Que por medio del DNU N° 241/2021 se haya intervenido la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

15. Que el DNU N° 241/2021 haya venido a suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño.

16. Que la educación de forma virtual no resulte adecuada y suficiente para la actual situación epidemiológica.

17. Que la educación virtual traiga aparejados gravísimos perjuicios en niños y adolescentes en su evolución psicológica, interpersonal y social.

18. Que la presencialidad escolar tenga una incidencia mínima en la propagación del COVID-19.

19. Que el DNU N° 241/2021 tenga un vicio en la motivación.

20. Que el DNU N° 241/2021 haya sido dictado a los fines de cambiar el centro de la atención pública, y que pueda considerarse un fracaso del Gobierno Nacional su plan de adquisición de vacunas contra el virus SARS-CoV-2 (COVID-19).

21. Que los niños y adolescentes sean los únicos perjudicados en la actual coyuntura.

22. Que mi instituyente haya privado a los educandos de su derecho a recibir la formación que las escuelas brindan.

23. Que la medida adoptada por el Estado Nacional viole el principio de razonabilidad.

24. Que sean verdaderos los datos estadísticos indicados en la demanda, en relación a los casos reportados por COVID-19, por no constarme.

25. Que las escuelas no sean un foco de contagio.

26. Que la educación no sobrecargue el transporte público.

27. Que en España y Estados Unidos las escuelas hayan permanecido abiertas aún en los momentos de mayor contagio.

28. Que sean ciertos los datos de la actora en relación con la afectación psicológica que estarían experimentando los jóvenes en el marco de la no presencialidad y de la implementación de clases remotas.

29. Que sean correctas las conclusiones del Ministerio de Salud de la CABA aportadas en la demanda.

30. Que se encuentre violentado por mi instituyente el principio de Supremacía Federal.

31. Que se encuentren cumplidos por la accionante los requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar tales como: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, la no afectación al interés público y contracautela.

32. Que el reclamo de la actora sea procedente.

- V -
CONTESTA DEMANDA

5.1. Antecedentes del DNU N° 241/21. La Pandemia de Covid-19. Las medidas del Gobierno Federal para afrontarla.

El 11 de marzo de 2020 la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en adelante la OMS, declaró el brote del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) como una pandemia. Su propagación aumentó con gran velocidad, empeorando la situación epidemiológica a escala internacional y provocando que el mundo entero se viera en una situación de altísima gravedad sanitaria.

En este contexto, donde el virus amenazaba -y lo hace actualmente- con el colapso del sistema de salud, se hizo indispensable, pocos días después, adoptar medidas para hacer frente a la emergencia, dando lugar al dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia ("DNU") Nros. 260/2020 y 297/2020, por los cuales, respectivamente: se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 y se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" ("ASPO"), durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de 2020, el que fue sucesivamente prorrogado.

En virtud del incremento que, con el tiempo, se fue verificando en la cantidad de contagios, el Gobierno Federal se vio en la necesidad de adoptar distintas medidas para conjurar los efectos de la crisis sanitaria. Es así que, por el DNU N° 520/2020 y sus normas modificatorias y complementarias se dispusieron, según el territorio, las medidas aplicables al "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" ("DISPO").

Cabe señalar que ante la persistencia de la propagación del virus en el mundo y, en particular, en el territorio argentino, se dictó el DNU N° 167/2021 que prorrogó la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley N° 27.541, ampliada por el DNU N° 260/2020, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Asimismo, se establecieron medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención -basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica- que debían cumplir todas las personas, con el fin de mitigar la propagación del virus COVID-19 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril de 2021, inclusive; dichas medidas se enmarcaron en el DNU N° 235/2021.

A efectos de describir la situación epidemiológica mundial al momento del dictado del DNU N° 241/2021 cuestionado por la CABA, corresponde indicar que, al 15 de abril del año en curso, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) confirmó 137,8 millones de casos y 2,9 millones de fallecidos, en un total de DOSCIENTOS VEINTITRÉS (223) países, áreas o territorios, a causa del COVID-19.

Al 14 de abril de 2021, la tasa de incidencia acumulada para Argentina alcanzó CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS (5736) casos cada CIEN MIL (100.000) habitantes; la tasa de letalidad llegó a DOS COMA DOS POR CIENTO (2,2%) y la tasa de mortalidad a MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE (1287) fallecimientos por millón de habitantes.

Los datos aquí aportados, se exponen a efectos de visualizar la gravedad que adquiere actualmente la expansión del virus en nuestra sociedad, en un momento en el que se atraviesa una "segunda ola" de contagios. El aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de los nuevos

casos se concentran en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA).

Además, podemos afirmar que la velocidad en el aumento en forma sostenida, de los casos registrados en el AMBA, es considerablemente mayor a la que se venía registrando y a la que se registra en otras áreas de alto riesgo epidemiológico y sanitario del país, lo que genera una importante tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación y, a causa de ello, un previsible incremento en la mortalidad, si no se adoptan medidas inmediatas para prevenir estas consecuencias.

Resulta primordial recordar que la saturación del sistema de salud tiene como consecuencia directa el aumento de las cifras de mortalidad; así se ha evidenciado, y es lo que enfáticamente se busca evitar.

Debemos remarcar que, ante la llamada "segunda ola", existe en la actualidad un aumento exponencial de casos en el AMBA.

Ello hizo necesario el dictado del DNU N° 235/2021, cuya finalidad fue incrementar las medidas ya adoptadas, en forma directamente proporcional al crecimiento de casos, con carácter temporario e intensivo, que son focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos de circulación del virus.

Ahora bien, luego de transcurridos siete (7) días desde la adopción de esas medidas y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del AMBA, devino indispensable el dictado del DNU N° 241/2021, implementando nuevas medidas focalizadas en ese territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la transmisión del virus.

Es innegable el crecimiento exponencial de contagios que se ha verificado en los últimos días, cuya proyección hacia fines de abril evidencia un panorama inquietante con **riesgo de saturación del sistema de salud** y de aumento de la mortalidad, todo lo cual justificó la disposición de medidas urgentes destinadas a evitar esas gravísimas consecuencias.

Recordemos que es deber del Estado Nacional velar por el derecho a la vida y a la salud y que es una política pública la maximización del proceso de vacunación que ya está en marcha; en ese contexto resulta indispensable establecer restricciones en forma focalizada y temporaria, respecto de determinadas actividades o de la circulación de personas, solo para disminuir la velocidad en el incremento de los contagios y para prevenir la saturación de los establecimientos del sistema de salud.

En este sentido, no es menor destacar que, en forma maliciosa se ha intentado confundir a la población, mencionando a las medidas adoptadas por el Estado Nacional como la "cuarentena eterna"; un término que no refleja la realidad y que parece restar importancia a los datos objetivos que se relevaron con los expertos en la materia, para dictar las medidas de protección contra el avance del virus.

Se puede verificar que las medidas de prevención han sido constantemente dinámicas en razón del lugar y de la circulación del virus. Por ello creemos que a estas alturas, ya no se pueden utilizar esas infundadas locuciones.

En la actualidad, hemos podido ver que la velocidad en el crecimiento de los contagios en el marco de la segunda ola de la pandemia de COVID-19, a nivel internacional, ha tenido como consecuencia escenarios dramáticos en relación a la vida

y la salud de las personas y para las economías de países con más fortalezas que el nuestro.

Es por ello que la no adopción de medidas oportunas y razonables, focalizadas y transitorias, fundadas en evidencia científica y en la experiencia internacional para evitar aquellos resultados, significaría asumir el riesgo de que ocurran consecuencias irreversibles para la salud pública; y que solo quede lamentarlas, cuando ya sea demasiado tarde.

Recordemos que **es obligación del Gobierno Federal velar por el derecho a la vida y a la salud de los habitantes del país;** y es exclusivamente en pos de ello, que se adoptan las medidas necesarias para estabilizar el sistema de salud y evitar su colapso.

En atención a lo mencionado precedentemente, resultó indispensable, entre otras cuestiones, ampliar el horario de restricción de la circulación de personas en todo el territorio del AMBA desde las 20 horas a las 6 horas del día siguiente, para evitar la circulación del virus. Pero también garantizando la realización de la mayor cantidad posible de actividades económicas que no impliquen alto riesgo de contagio; y, al mismo tiempo, restringir salidas o esparcimiento y situaciones que, en muchos casos, se constituyen en focos de contagios que se expanden rápida y exponencialmente.

Además, se dispuso la suspensión del funcionamiento de los shoppings y los centros comerciales y de todas las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realizan en ámbitos cerrados; y **suspender en el AMBA, a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, y las actividades educativas no escolares presenciales.**

Se trata de actividades que movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados; además, se ha evidenciado que desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el AMBA se incrementó considerablemente.

El aumento en la circulación de personas se refleja en la expansión del virus. Es por ello que la reducción transitoria del tránsito de personas en el AMBA, relacionadas con educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud.

A efectos de fundar la decisión tomada por el Gobierno Federal en materia de presencialidad escolar, se tuvo en cuenta que el grupo de personas de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el CINCO COMA TRES POR CIENTO (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el SIETE COMA TRES POR CIENTO (7,3%) del total de casos. Al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas.

Se destaca que el Estado Nacional reconoce la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, y por consiguiente ha tratado y trata de no afectarla; pero la situación epidemiológica en el AMBA alcanzó una gravedad tal que resultó insoslayable la adopción de medidas inmediatas y temporales.

Asimismo, para continuar garantizando el derecho a la educación se estableció la modalidad virtual hasta el reinicio posterior, luego de transcurrido ese plazo.

Por ello, no hay un impedimento en el ejercicio de los derechos que, según manifiesta la actora, se estarían vulnerando, ya que no existe una afectación al derecho a la educación; sino que, por el contrario, a fin de resguardar tal derecho, pero también el de la vida y la salud, se dispuso una modalidad alternativa a la presencialidad, sujeta a la velocidad de la propagación de un virus. Lo que demuestra que, en la ponderación de los bienes jurídicos tutelados, la norma atacada se ajusta al principio de razonabilidad; sobre el tema nos extenderemos infra, desde una perspectiva iusfilosófica y de dogmática constitucional.

El Gobierno Federal comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible; pero en este contexto actual, es deber del Estado abordar medidas de tal carácter, en protección de la vida y la salud pública.

Subyace en la demanda una mirada negacionista de la realidad y de la grave situación que representa la pandemia.

La actuación de nuestro representado obedece nada menos que al deber primario y fundamental de resguardar el derecho a la vida y a la salud pública y, paralelamente al de compatibilizarlo con el deber de resguardar los restantes derechos fundamentales como el de la educación, a través de la modalidad virtual.

Es oportuno insistir en que las medidas son temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos, que generan gran movilidad de personas; y se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19.

Tales medidas, desde la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida mediante el DNU N° 260/2020, prorrogado por el DNU N° 167/2021, se encuentran en consonancia con lo establecido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Como hemos referido, las disposiciones preventivas son razonables y atienden al aumento exponencial de casos. A modo de ejemplo, se señala que ante las mismas situaciones, se han adoptado medidas idénticas o análogas, en forma temporaria y focalizada, en otros países de diversos continentes, tales como Chile, Uruguay, México, Francia, Italia, Portugal, España, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Finlandia, Israel, Bélgica, Suiza, entre otros.

Por otra parte, es importante mencionar, que se encuentra en ejecución, en todo el país, la campaña de vacunación destinada a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19, con 5.528.078 de personas vacunadas con al menos una dosis al 20 de abril del corriente año.

Con ello queremos dejar claro que el Estado Nacional, pretende imperiosamente volver a la normalidad que toda la población anhela, pero para tal fin, es imprescindible tomar decisiones que aseguren a esta misma población su acceso a la salud y consecuentemente el resguardo de la vida.

5.2. La situación epidemiológica en el país al momento del dictado del DNU N° 241/2021

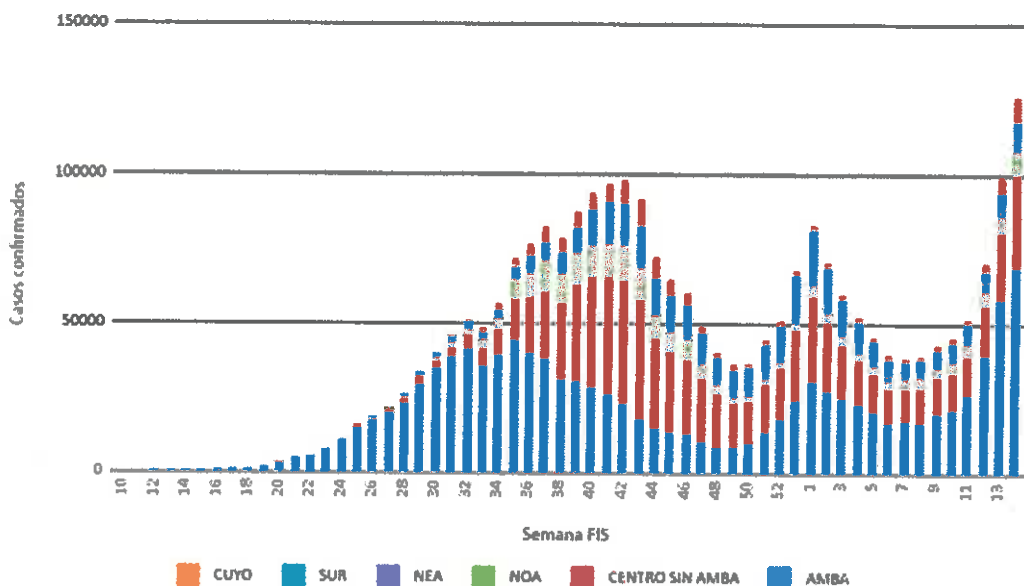
Al 15 de abril, Argentina acumuló un total de 2.615.360 casos y 58.678 fallecidos según datos oficiales del Ministerio de Salud de la Nación, que sirvieron de antecedente para la emisión de aquel acto

Durante la primera ola, considerando la fecha de inicio de síntomas, el 19 de octubre de 2020 fue el día en que se registró la mayor cantidad de casos (16.451); luego se produjo un descenso, pero el número de contagios se incrementó nuevamente a partir del 14 de diciembre, para volver a descender en la segunda semana de enero.

Así, a partir de la semana 7 del año 2021 comenzaron a aumentar nuevamente los casos dando inicio a la denominada "segunda ola" cuyo pico, antes del Decreto N° 241/2021, se verificó el 5 de abril con 22.897 contagios registrados durante ese día.

Del análisis genómico surge que en Argentina se identificaron las siguientes variantes: B.1.1.7 (UK), P.1 (linaje Manaus) P.2 (Río de Janeiro) y B.1.427 (California). Los datos de vigilancia genómica, mostraron un aumento de transmisión de variantes de interés representando aproximadamente el 10% principalmente en el área del AMBA.

Gráfico 2: Curva de casos confirmados según semana de inicio de síntomas (FIS) y región. Argentina. (SE 14/2021).



Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos extraídos del SNYS 2.0

Se observó un aumento abrupto de casos en las dos semanas previas al dictado del Decreto N° 241/21, comparado con las dos semanas anteriores, en todas las regiones.

Tabla 2. Variación porcentual de casos confirmados SE (SEMANAS EPIDEMIOLÓGICAS) 13 y 14 vs SE (SEMANAS EPIDEMIOLÓGICAS) 11 y 12, según región y total país.

| Región | Variación % |
|-----------------|-------------|
| AMBA | 92.5 |
| Centro sin AMBA | 84.4 |
| Cuyo | 47.9 |
| NEA | 24.4 |
| NOA | 40.4 |
| Sur | 175.5 |
| País | 83.9 |

Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos extraídos del SHVS 2.0

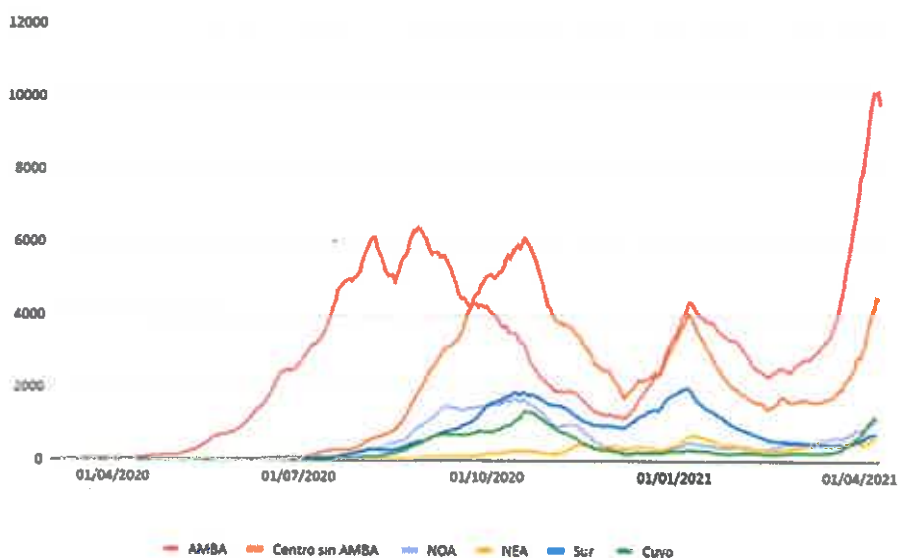
La situación en las jurisdicciones siguió siendo heterogénea, teniendo en cuenta la evolución que se ha observado en cada brote, las dinámicas propias de cada área en relación a la demografía y la respuesta que ha podido dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia. Si bien el aumento se evidenció en la mayoría de las jurisdicciones, resultó más significativo en grandes centros urbanos, donde la densidad poblacional es más alta; y la mayor velocidad de aumento se registró en el AMBA.

Adicionalmente la velocidad de aumento de casos en el AMBA, ha sido muy superior a la registrada anteriormente, y esto ha generado mucha tensión en el sistema de salud, en todos los niveles, y riesgo de saturación, con el consiguiente aumento en la mortalidad.

Esto se observó durante este año tanto en el número de casos que fue mucho mayor que el registrado en 2020, como en

la pendiente de ascenso de los mismos. Si se toma en cuenta el aumento porcentual semana a semana, de la semana epidemiológica 11 a la 12, los casos aumentaron un 37%, y de la 12 a la 13 un 40%, (alcanzando en algunas regiones como el AMBA y Cuyo, aumentos mayores al 50% en una semana).

Gráfico 3: Casos nuevos confirmados por día (media móvil 7 días) por región. Argentina. (SE 14/2021).

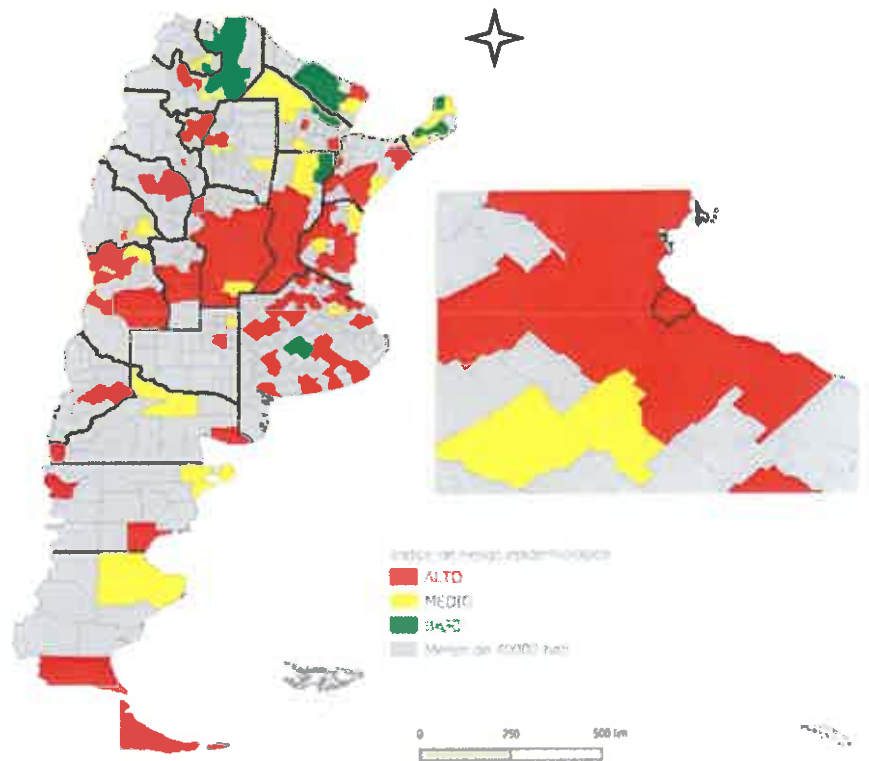


El número de casos de la última semana no refleja necesariamente un comportamiento decreciente, porque está afectado por el tiempo que requiere el proceso de consulta, atención y notificación, y podría incrementarse en las próximas semanas.

Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos actualizados del SNIVS 2.0

Se comprobó un aumento de los casos en todas las provincias desde la semana 7 del 2021. La línea roja en los gráficos que siguen indica que los casos de las últimas dos semanas antes del dictado del Decreto, se incrementaron en relación con las dos semanas previas más del 20%. La línea amarilla indica que los casos de las últimas dos semanas no presentaban una variación mayor al 20% respecto de las dos semanas anteriores.

Mapa 5: Indicador de riesgo epidemiológico por departamento (solo aquellos con más de 40.000 habitantes). Argentina. Al 15/04/2021



Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos extraídos del SINVS 2.0

Nota: los departamentos de menos de 40.000 habitantes se presentan en color gris.

En relación con los departamentos de más de 40.000 habitantes, con alto riesgo epidemiológico (Incidencia en los últimos 14 días -antes del Decreto- mayor a 150 casos cada 100 mil habitantes + razón de casos mayor a 1,2), al día 28 de marzo de 2021, 48 departamentos presentaban ambos indicadores elevados; el 3 de abril los departamentos considerados de alto riesgo epidemiológico subieron a 85 y el 15/4/2021 eran 158 los departamentos en esta situación (117% de aumento). De los casos confirmados en las semanas desde el 14/03 al 10/04/2021, el grupo de edad que más casos registró fue el comprendido entre los 20 y 39 años.

De la información aportada podemos asegurar que nos encontramos ante una "segunda ola", lo cual requiere del

mayor esfuerzo para llevar adelante la prevención adecuada que acompañe las medidas de protección.

5.3. La situación límite en el AMBA al momento del dictado del DNU N° 241/2021

En el análisis epidemiológico de la presencialidad en escuelas, es importante significar y discriminar respecto a la diferencia entre riesgos individuales y colectivos.

5.3.1.- Riesgos individuales

De acuerdo con la evidencia acumulada a la fecha podemos decir que, en relación a la presencialidad en instituciones escolares, el riesgo individual de contagio podría ser bajo si se acompaña y garantiza el adecuado cumplimiento de las medidas de prevención (uso correcto de barbijo, distanciamiento, higiene de manos, higiene respiratoria, ventilación adecuada, identificación temprana y aislamiento de los casos, y cuarentena de contactos)¹.

Pero se debe tener en cuenta que, en un contexto de aumento de la transmisión comunitaria, todos los asistentes a establecimientos escolares (estudiantes y personal), al igual que el resto de la población que viven en áreas de riesgo, tienen más probabilidad de enfermarse cuanto más circulen, por lo que el riesgo bajo mencionado anteriormente, aumenta en áreas de alta transmisión.

5.3.2.- Riesgos colectivos

Cuanto mayor es la circulación de personas mayor es la transmisión del virus, esto es aún más pronunciado cuando la prevalencia es más alta. El riesgo de enfermarse aumenta cuando

¹https://www.cdc.gov/coronavirus/2019ncov/science/sciencebriefs/transmission_k_12_schools.html

se incrementa la prevalencia de la enfermedad en la población.

En este sentido, en un estudio recientemente publicado², en donde se revisaron distintos trabajos, y experiencias principalmente en Reino Unido, se plantea que para garantizar los cuidados escolares es fundamental controlar la transmisión de la enfermedad en la comunidad³. Se menciona también que el cierre de escuelas tanto primarias como secundarias, se ha asociado con reducciones sustanciales en los niveles de transmisión en diversos países.

En el AMBA, hay más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumado a los acompañantes, que se movilizan (dependiendo del porcentaje de presencialidad) diariamente.

5.3.3.- Situación epidemiológica en AMBA

La región del AMBA, en las semanas previas al dictado del DNU N° 241/2021 experimentó un aumento exponencial de casos, con una velocidad mucho mayor que la observada previamente, y con circulación de nuevas variantes más transmisibles, y posiblemente de más gravedad, y con afectación de grupos de edad más jóvenes.

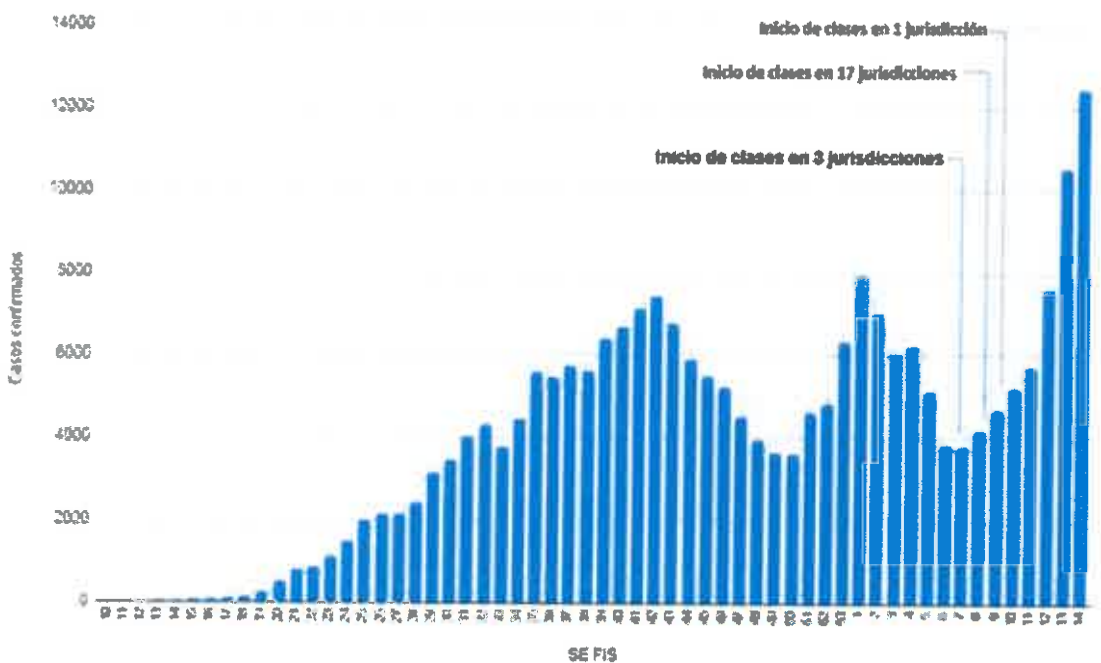
Cuando se analiza la curva epidémica en el grupo de población en edad escolar, se observa que, desde el comienzo del ciclo lectivo, se ha producido un aumento exponencial del número de casos, similar -y aún mayor- a lo observado en la curva de la población general. Esto es importante, porque claramente el aumento de casos afectó también a este grupo de edad. Independientemente de que las instituciones escolares sean consideradas espacios de bajo riesgo INDIVIDUAL -ello a

² [https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30882-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30882-3/fulltext)

³ <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2821%2900622-X>

condición del adecuado cumplimiento de los protocolos-, el riesgo individual bajo aumenta cuando se incrementa la prevalencia de la enfermedad en la población.

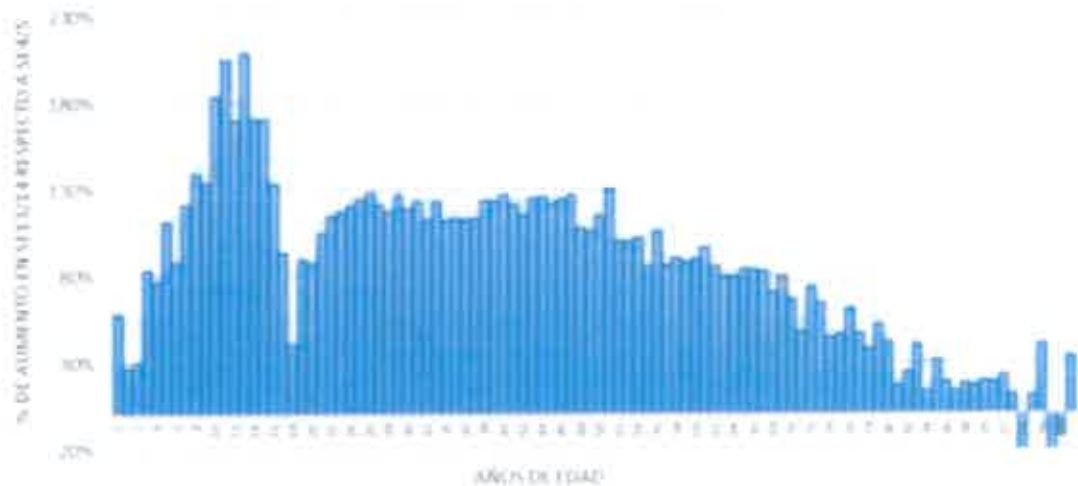
Gráfico: Casos confirmados en población en edad escolar por semana epidemiológica (SE) de fecha de inicio de síntomas (FIS)*. Argentina, SE 10/20 a SE 14/21.



Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos extraídos del SNVS 2.0

Si consideramos el aumento proporcional según edad, comparando las 2 semanas previas al inicio de clases y las dos semanas anteriores al DNU N° 241/2021, se observa que los grupos de edad escolar presentan un aumento proporcional mayor al resto de las edades (Gráfico 2). Esto es esperable, debido a la mayor circulación de estos grupos de edad, en áreas de alta transmisión viral.

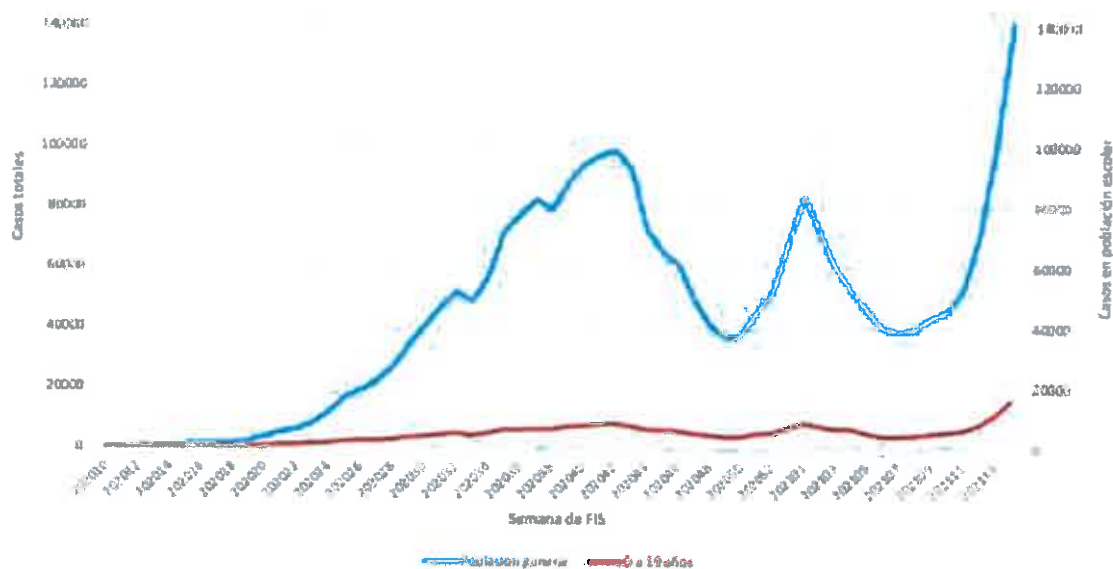
Gráfico: Porcentaje de aumento según edad en SE 13/14 respecto a SE 4/5. Argentina. Actualización al 13/04



Fuente: Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica con datos extraídos del SNVS 2.0

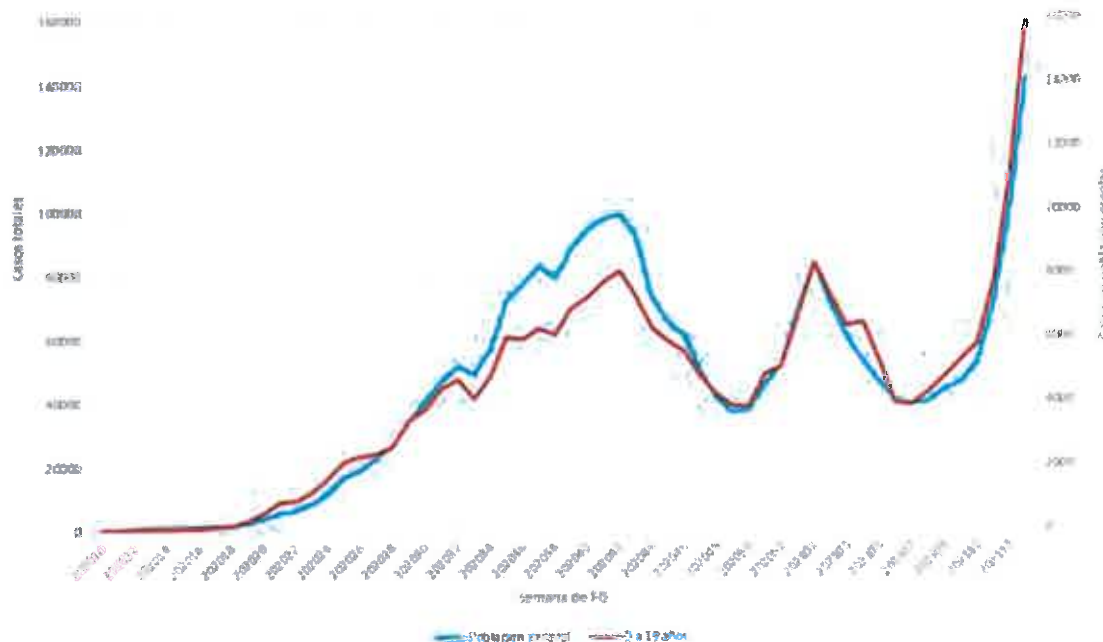
Quando se analizan las curvas epidémicas de la población general, y la de menores de 20 años, se puede observar cómo en 2020, cuando aumentaron los casos en la población general, los casos en menores de 20 años aumentaron en menor proporción; a diferencia de lo observado en esta "segunda ola del COVID-19", en donde el grupo de menores de 20 años aumenta, incluso proporcionalmente más que la población general.

Gráfico: Casos confirmados en población general y menores de 20 años, según semana epidemiológica



Si aumentamos la escala en 10 veces, para los casos en menores de 20 años, se puede observar cómo en el 2020, el aumento de este grupo de edad se mantuvo siempre por debajo del aumento de la población general, y actualmente presenta un aumento mayor.

Gráfico: Casos confirmados en población general y menores de 20 años (con escala x 10), según semana epidemiológica



Por lo antedicho, y ante la imposibilidad de separar el riesgo individual de lo colectivo, en este contexto epidemiológico en el Área Metropolitana de Buenos Aires, se observa:

- Crecimiento exponencial de casos con alta velocidad de aumento,
- Incremento también veloz de circulación de nuevas variantes (más transmisibles, posiblemente de más gravedad y afectación de grupos etarios más jóvenes),
- Aumento de la utilización de transporte público, desde el inicio de las clases (con presencialidad restringida),
- Más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumado a los acompañantes, que se movilizan (dependiendo del porcentaje de presencialidad), diariamente. Por ello, al momento en el que fue dictado el DNU N° 241/2021 era necesaria la implementación de medidas sanitarias destinadas a disminuir la velocidad de aumento de casos.

No bastaba con las medidas individuales en instituciones educativas, sino que era y es indispensable, implementar medidas colectivas para evitar la transmisión comunitaria.

Se debe considerar que, a mayor transmisión del virus, más cantidad de casos y eso implica más cantidad de personas con enfermedad grave y fallecimientos. Adicionalmente la velocidad de aumento puede saturar el sistema de salud (como está comenzando a ocurrir), en todos los niveles, lo que implicaría un aumento mayor en la morbimortalidad asociada no solo a este grupo etario, sino también en todos los grupos poblacionales.

En este sentido, las medidas sanitarias implementadas, se orientaron a restringir actividades consideradas de alto riesgo, como también aquellas que generen alta circulación de personas, con el fin de disminuir la transmisión del virus.

5.4. La evolución de la situación tenida en cuenta para el dictado del DNU N° 241/2021. El nuevo Informe de las autoridades competentes en la materia.

No escapará a la apreciación de V.E. que el Gobierno Nacional monitorea en forma permanente la evolución de la pandemia, desde que ella se hizo presente en el país.

Y, en consecuencia, desde el DNU N° 260/2020 fue emitiendo sucesivamente, con una periodicidad del orden de las dos semanas, las medidas que en cada momento resultaban adecuadas para afrontar la crisis.

Es decir que las decisiones se fueron basando en los estudios epidemiológicos y en los análisis del impacto de la pandemia sobre las distintas actividades, a la luz de su evolución entre 2020 y 2021.

Junto con esta presentación se acompaña un Informe, emanado el 23 de abril del año en curso del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, que da cuenta de la evolución del cuadro de situación de la pandemia.

5.4.1. El Informe del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN.

Sobre la situación internacional, el Informe da cuenta de que a nivel mundial se registraron 141,8 millones de casos de COVID-19 y 3,1 millones de fallecidos *"con un pico de casos la última semana que fue el más alto desde el inicio de la pandemia ... la mayoría de los países se encuentran en una situación de aumento en el número de casos a una velocidad que supera significativamente el crecimiento observado durante 2020 tal es el caso de Brasil, Uruguay, Chile y Uruguay, todos limítrofes con Argentina"*.

El Informe reitera que nuestro país se encuentra atravesando una nueva ola de COVID-19 que, de manera similar a lo observado en muchos países del mundo y de la región, difiere respecto de lo ocurrido en 2020.

Destaca, teniendo como referencia temporal la semana epidemiológica 15 de 2021, que ya desde la semana 7 *"se observa un cambio de tendencia en el número de casos confirmados, donde se detiene la tendencia decreciente que se observaba desde la primera semana del año y se inicia una tendencia creciente que continúa sin detenerse"* hasta la fecha de corte del Informe (20/4/2021).

Y agrega: *"Finalizada la semana epidemiológica 14, el total de casos registrado para semana es de 126.229 casos confirmados, lo que implica un aumento del 40% respecto a la semana con mayor cantidad de casos de 2020 (SE 42). El AMBA concentra el 54% de los casos del país, la región Centro sin AMBA el 25%, el NOA un 6%, Cuyo el 7%, NEA 4% y la Región Sur 4%"*.

Destaca también que dentro de los grandes aglomerados urbanos "Son las regiones de CABA y AMBA las que presentan las mayores tasas de incidencia en los últimos 14 días, con valores que duplican los registrados en los peores momentos de 2020"

En particular, con relación al AMBA - Región Metropolitana de Provincia de Buenos Aires, el Informe consigna que "... el grupo de edad de 5 - 19 años, presenta un comportamiento preocupante en cuanto incidencia ... Mientras que la CABA presenta una incidencia de 720 casos de menores entre 5-19 años cada 100.000 habitantes, la más alta de todos los centros urbanos, lo sigue en importancia el Gran La Plata con 340 casos cada 100.000 hab."

A esos datos por sí preocupantes, el Informe adiciona la aparición de nuevas variantes del virus "como uno de los factores que mayor impacto genera en esta etapa de la pandemia ... En Argentina, se ha comprobado la circulación de variantes ... consideradas de preocupación por la OMS por su mayor transmisibilidad, gravedad o posibilidad de escapar a la respuesta inmune inducida por vacunas o por la infección previa"; tal el caso de las variantes detectadas originalmente en Manaus y en el Reino Unido.

En su capítulo "Conclusiones" el Informe del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN pone énfasis en que "Las zonas de alta circulación viral conllevan riesgo de generación de nuevas variantes. Los grandes centros urbanos presentan los indicadores de mayor preocupación, especialmente el área Metropolitana de Buenos Aires, que presenta valores más elevados tanto en incidencia como en tasas de crecimiento significativamente superiores a las observadas durante la primera ola y en períodos muy cortos de tiempo".

5.5. La necesidad y urgencia en el dictado del DNU N° 241/2021. El DNU no trata materias prohibidas por la Constitución.

El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241/2021 es una norma de sustancia legislativa, que cumple en forma manifiesta con los extremos habilitantes exigidos por la Constitución Nacional; incluso, apreciados de un prisma muy estricto.

Al respecto, esa Excm. Corte ha calificado en el caso "Verrocchi" (Fallos: 322:1726) los términos de necesidad y urgencia. En aquel caso, definió claramente que "... para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federa; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes" (el destacado nos pertenece). Dichos principios fueron reiterados por esa Corte, más recientemente, en Fallos: 333:633 "Consumidores Argentinos" (cons. 13°).

Ahora bien, tal como surge de sus considerandos, el DNU N° 241/2021 fue dictado porque las circunstancias epidemiológicas configuraron una indiscutible situación de urgencia que debía ser tratada de forma inmediata; incompatible con el trámite normal que requiere la sanción de

las leyes. Expresamente prevé en sus considerandos, y luego de describir la apremiante situación sanitaria, *"que, en virtud de lo expuesto, deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes"*.

Al respecto, nótese que conforme a los gráficos acompañados, referidos a la situación epidemiológica explicada en los puntos precedentes, en un lapso de tres semanas, el crecimiento de casos fue exponencial. Es decir, que la situación sanitaria requería medidas urgentes que no podían demorarse y sujetarse al tiempo que demanda la sanción de una ley por parte del Congreso de la Nación.

La demora en la adopción de las medidas allí implementada había que medirla en términos de vidas humanas en riesgo.

Las decisiones que se adopten en el marco de una emergencia sanitaria deben ser pertinentes y razonables, pero también deben ser dictadas de forma oportuna. Una buena medida dictada tardíamente, puede no resultar efectiva para contener la pandemia, con el consecuente aumento de contagios y, lo que es más grave, la pérdida de vidas humanas.

En los considerandos del DNU N° 241/2021, expresamente se contempla que *"Omitir la adopción de medidas oportunas y razonables, focalizadas y transitorias, fundadas en evidencia científica y en la experiencia internacional para evitar estas consecuencias, significaría asumir el riesgo de que ocurran consecuencias irreversibles para la salud pública y que solo quede lamentarlas, cuando ya sea demasiado tarde"*.

En consecuencia, visto los intereses jurídicos en juego y los tiempos apremiantes, resulta patente que era imposible aguardar el tiempo normal de sanción de una ley, toda vez que ello hubiera importado un riesgo desmesurado y un peligro

cierto de que las medidas fueran adoptadas de forma tardía, tornándose ineficaces.

Finalmente, y en virtud de lo dispuesto en el art. 99 inc. 3, de nuestra Constitución Nacional, cabe simplemente señalar que el Decreto en cuestión no regula ninguna de las materias vedadas por la norma para la reglamentación de necesidad y urgencia (la penal, la tributaria, la electoral o el régimen de los partidos políticos).

5.6. Cumplimiento de los restantes requisitos constitucionales

El DNU N° 241/2021 ha sido decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por ellos juntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros, a la par del titular del P.E.N.

Asimismo, y conforme surge del mensaje N° MENSJ-2021-18-APN-JGM (16-04-2021) el Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación puso en conocimiento del Congreso Nacional el dictado de la medida.

En consecuencia, se encuentran reunidos a su respecto los requisitos formales y de procedimiento.

En lo referido al control parlamentario, conforme a las previsiones de la Ley N° 26.122, corresponde señalar que el día 23 de abril del año en curso, en el trámite del Expte. N° 802/2021, la Comisión Bicameral Permanente creada por dicha norma legal emitió Dictamen favorable a la validez constitucional del DNU que nos ocupa.

En el capítulo "Conclusión" del Dictamen, la Comisión señaló: *"Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del Decreto N° 241/21, siendo que la naturaleza excepcional de la*

situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley No 26.122, la Comisión propone que se resuelva declarar expresamente la VALIDEZ del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 241 del 15 de abril de 2021"⁴.

5.7. La constitucionalidad material del DNU N° 241/2021

El DNU N° 241/2021 constituye un acto emanado del P.E.N., en ejercicio de la facultad legiferante que ante situaciones de excepción y emergencia le confiere el artículo 99, inc. 3, de nuestra Ley Fundamental; como tal, goza de presunción de constitucionalidad y legitimidad, la cual no cede sino ante un decisorio jurisdiccional sustentado en la alegación y prueba concluyente, que acredite la existencia de vicios serios y graves en dicho acto.

Al respecto, es inveterada la doctrina de esa Excma. Corte según la cual "... no puede verse en esas conclusiones una conculcación de las facultades de la autoridad provincial, sino la consagración de las disposiciones que regulan la especie, emanadas del órgano competente a nivel federal, que además de gozar de la consabida presunción de legitimidad (Fallos: 250:36), se inscriben en las que el Estado Nacional clasifica en el ámbito energético legal como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia

⁴ <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/802.21/S/CC>

(Fallos: 304:1186; 322:2624; arg. Fallos: 325:723, considerando 5°)" (Fallos: 336:1415).

Cabe recordar, asimismo, "que es jurisprudencia inveterada de esta corte que 'la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico' (Fallos: 315:923; 316:188 y 231:441, entre otros)" (Fallos: 332:1963).

Conforme se explicará a continuación, el artículo 2° del DNU N° 241/2021 es una norma formal y materialmente acorde al orden constitucional, por cuanto las medidas allí adoptadas son razonables y proporcionales al fin perseguido, esto es, la protección de la vida y la salud de la población, a nivel nacional y con especial foco en el área inter-jurisdiccional más afectada por la "segunda ola" de la pandemia de Sars-Cov-2.

5.8. El fin primordial del DNU N° 241/2021 es proteger la salud pública y la vida de la población. Su legitimidad constitucional a la luz del objetivo que persigue.

El DNU N° 241/2021, modifica determinadas previsiones de su similar N° 235/2021, priorizando la protección del derecho a la salud y el correlativo derecho a la vida.

Los propios considerandos de la norma en cuestión destacan "que el presente decreto se dicta con el fin de **contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 con el objeto de preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. En**

efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de protección sanitaria dispuestas en forma temporaria, sino de la totalidad de los y las habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio del virus SARS-CoV-2, depende de que cada uno y cada una de nosotros y nosotras cumpla con ellas, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad" (el destacado nos pertenece).

En este sentido, resulta relevante mencionar que desde los albores mismos de nuestra vida constitucional V.E. ha privilegiado en el más alto grado la tutela de los derechos a la vida y a la salud, al afirmar que *"ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria"* (in re *Saladeristas de Barracas*, 14/5/1887, Fallos 51:274).

Y en tiempos más recientes V.E. ha sostenido que *"... en nuestro país el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional. El Tribunal ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931 y 328:1708)"* (Fallos: 338:1110; el destacado no es del original).

Así también, señaló *"que con relación al derecho a la salud, el Tribunal tiene dicho que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje*

y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 329:4918)" (Fallos: 338:1110, el destacado nos pertenece).

En consonancia con el temperamento expuesto en tales precedentes, no caben dudas de que las medidas implementadas constituyen acciones positivas en pos de proteger los derechos fundamentales y prioritarios de las personas.

Ahora bien, en el contexto actual de crisis sanitaria, el medio para lograr tal fin, radica en reducir la circulación de la población, para poder disminuir los contagios del virus, toda vez que resultan factores interdependientes, como se explicará más adelante.

En concreto, en los considerandos de la norma se argumenta "... las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19."

Bajo esta óptica, es evidente que la protección de la salud pública y de la vida justifica la limitación del derecho a circular. Y se aclara que la restricción no tiene por objeto afectar el derecho de educación, como malintencionadamente alega la actora, sino -como se dijo- disminuir la circulación, lo que necesariamente conlleva la restricción de determinadas actividades que implican la concentración de personas; así como también, suspender por un plazo temporal la presencialidad de las clases.

En los considerandos del DNU N° 241/2021 también se expuso: "... como ha sido expresado en los decretos que

establecieron y prorrogaron las anteriores medidas de protección sanitaria, los derechos consagrados por el artículo 14 de la Constitución Nacional resultan ser pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y están sujetos a limitaciones y restricciones que pueden disponerse por razones de orden público, seguridad y salud pública ... tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen en sus articulados sendas limitaciones al ejercicio de los derechos por ellos consagrados, sobre la base de la protección de la salud pública (artículos 12, inciso 3 y 22, inciso 3, respectivamente)" (el destacado nos pertenece).

Ahora bien, la colisión de derechos que insinúa la actora, en realidad no existe en el caso. El derecho a la educación es una prioridad del Estado Nacional, y se intenta conjugarlo y armonizarlo -manteniendo las clases por vía remota-, con la protección de la vida y la salud general.

No escapa al Poder Ejecutivo Nacional la importancia de la presencialidad escolar. Al respecto, la norma en sus considerandos destaca "que se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad de crecimiento de los contagios".

Entonces, el derecho de acceso a la educación se protege -como se protegió siempre- armonizándolo con las exigencias actuales en materia sanitaria.

El Decreto destaca que "por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS (2) semanas

de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido, se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría".

A la luz de lo dispuesto por la norma infundadamente cuestionada, la educación sigue garantizada y su ejercicio no se encuentra vedado.

Incluso, el P.E.N. ha dictado numerosas normas para facilitar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones en el marco de la emergencia sanitaria, a fin de permitir el acceso de los sectores más vulnerables y más golpeados por los efectos económicos de la pandemia (DNU N° 690/2021, que erigió en servicio público la prestación de los servicios TICs; en ese mismo sentido, la prestación básica universal). Ello, a fin de asegurar que la modalidad mixta (virtual/presencial) pudiera ser factible en los sectores más desfavorecidos. Aun así, **se resaltó expresamente en el DNU N° 241/2021 la conveniencia de la educación presencial y la intención de restablecerla cuanto antes.**

La actora incurre en una afirmación infundada y prejuiciosa, al sostener que *"... como resultó ser el año 2020, la situación normativa normaliza la situación creada de no concurrencia, que luego se prorroga indefinidamente ..."*.

En primer lugar, la letra expresa de la norma que ataca estableció la temporalidad de la medida. En segundo lugar, los propios considerandos que hacen a la motivación del Decreto señalan la importancia y la intención de retornar a

la presencialidad en el menor tiempo posible. Finalmente, la situación inicial de la pandemia resulta diferente de la actual y, habiéndose restablecido las clases presenciales y ponderado la necesidad de continuidad de estas, en la propia norma, no puede presuponerse -como lo hace la actora- que existirá una "prórroga indefinida". Aunque ello dependerá, obviamente, del devenir de la pandemia.

Es dable recordar que, conforme la jurisprudencia de esa Corte:

"Efectivamente, no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal (Fallos: 300:558 y 687; 301:595 y 958, entre otros), desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra (Fallos: 299:167, entre muchos otros). Por otra parte, la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efectos (Fallos: 296:372; 297:142; 300:1080), en tanto que cuando la ley emplea determinados términos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 299:167) y, en tal sentido, debe siempre preferirse la interpretación que favorece, y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma (Fallos: 298:180)" (Fallos: 314:458).

En consecuencia, no puede admitirse la presunción sugerida por la actora. El Decreto fue claro al destacar el rol de la educación presencial y el objetivo de restablecerla

a la brevedad por su importancia, pero cuando no se ponga en riesgo la vida y la salud de la comunidad educativa y del resto de la población que interactúa con ella.

En tal sentido, se ha señalado que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 328:4542; 342:697; entre otros); cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio, a la que cabe acudir en primer lugar (Fallos 342:685); o cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta (Fallos: 341:1675). Estas circunstancias, no se presentan en el caso.

Por lo expuesto, se concluye que la norma busca proteger la salud y la vida de la población como derechos fundantes del ordenamiento. En esa inteligencia, limitó el derecho a la circulación. Una consecuencia de ello, es la interrupción temporal de la presencialidad en las aulas, no tanto por el riesgo epidemiológico de la escolaridad en sí, sino por el aumento de la circulación que implica el traslado a, o desde, los establecimientos educativos.

5.9. El eje de la cuestión subyace en el tránsito y el contacto por la circulación, producto de la educación presencial; y no sólo en la presencialidad en sí misma.

La norma tuvo como objetivo reducir la transmisión del virus y, como medio para alcanzarlo, disminuir la circulación de las personas; es decir, limitar temporalmente el derecho a

circular, mientras que, a la par, se lleva a cabo el plan de vacunación.

De ello se sigue que, contrariamente a lo sostenido por la demandante, la norma no tiene como fin restringir el derecho a la educación, el que se garantiza mediante la modalidad virtual; y es responsabilidad de las autoridades del GCABA adoptar los recaudos para asistir a su comunidad educativa, de modo que cuente con los medios necesarios (conectividad, herramientas tecnológicas, etc.) para la continuidad de los cursos por vía remota.

En tal sentido ya se ha señalado la gran movilidad de personas que genera la asistencia a los establecimientos educativos en el AMBA. De la misma manera y con el mismo fin perseguido, se restringieron otras actividades.

Al respecto, la norma destaca en sus considerandos que *"... tiene por objetivo atravesar esta etapa de la pandemia de COVID-19 con la maximización del proceso de vacunación que ya está en marcha y limitando las restricciones en forma focalizada y temporaria, a la realización de determinadas actividades o a la circulación, solo para disminuir la velocidad en el incremento de los contagios y prevenir la saturación del sistema de salud"* (el destacado nos pertenece).

Asimismo, se agrega, *"Que en todos estos casos se trata de actividades que movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados. Ambos motivos elevan el riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y su suspensión, además, también coadyuva a la disminución de la circulación de personas y, por lo tanto, del virus"* (el destacado no se encuentra en el original).

Así, en razón del aumento de los casos, sólo se restringieron actividades (sin suprimirlas), en la medida que

implican circulación o concentración de grupos de personas que faciliten el contagio del COVID-19 conforme surge de los considerandos y del objeto de la medida.

Al respecto, y dada la importancia que la materia reviste para el Poder Ejecutivo Nacional, se refirió "que, en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud" (el destacado nos pertenece).

Como ya se señaló ut supra, y conforme a los datos aportados por el Ministerio de Transporte de la Nación, desde el inicio de las actividades escolares en el AMBA se constata un notorio incremento en el uso de transporte público; un riesgo colectivo en cuyo marco se registró un crecimiento exponencial de casos, con una velocidad mucho mayor a la anteriormente observada y con el agravante de registrarse circulación de nuevas variantes o cepas (vgr. la denominada "Manaos"), con mayor transmisibilidad, más gravedad y con afectación a grupos más jóvenes.

En el grupo de población en edad escolar, hubo un notorio crecimiento de casos. A lo que se agrega que los grupos de edad escolar, a dos semanas de iniciadas las clases, presentaban un aumento proporcional mayor al resto de las edades. Ello resulta una consecuencia del aumento de circulación de estos grupos de edad en zonas de alta transmisión viral.

Esta situación, incluso, es reconocida por la propia actora, quien en la página 29 de su escrito reconoce un

aumento en el contagio de los menores en edad escolar, pretendiendo con giros discursivos minimizar el aumento relativo que ello implica.

En tal sentido, manifiesta la actora haber observado un leve aumento sobre el total de casos, soslayando que esa proporción se evidencia con apenas unas semanas de presencialidad y el impacto que ello podría tener con el transcurso del tiempo.

Resulta estremecedora la insensibilidad que refleja el esquema de análisis que aparece tanto allí como en otros pasajes del escrito de la actora, que minimiza la situación desde una mirada basada en porcentuales ante los cuales permanece indiferente. Como si una sola vida perdida a raíz de la pandemia no fuera de por sí una tragedia; y no fuera, por sí sola, suficiente para interpelar a quienes tienen la responsabilidad de gobernar y proteger la vida y la salud de la población.

No alcanza, entonces, con la presencialidad cuidada individualmente, que aun así, conlleva la transmisión de contagios; sino que se tornan necesarias medidas colectivas para evitar la transmisión comunitaria, pues la presencia en las aulas importa una mayor circulación del virus.

En consecuencia, la información aportada en este responde es contundente para demostrar la gravedad de la situación sanitaria, la que está siendo minimizada por la actora, con una indiferencia por las vidas en juego que no pasará inadvertida a V.E.

Por otra parte, si bien los países pueden desarrollar estrategias similares en determinados momentos, lo cierto es que la implementación de una u otra política depende de parámetros a evaluar por cada Estado, según su situación particular. No pueden adoptarse, sin analizar su viabilidad,

políticas implementadas en países que cuentan con recursos superiores en múltiples niveles y que, incluso, ya han atravesado en algunos casos esta "segunda ola" de contagios.

Por otro lado, resulta inconducente la comparación efectuada por el GCBA en relación a la situación de apertura de establecimientos escolares en otros países.

Por lo pronto, estas comparaciones requieren considerar que cada nación tiene sus particularidades, en cuanto a regímenes jurídico-constitucionales y a realidades políticas, sociales, económicas, culturales, etc.

Aun así, es público que, por ejemplo, el Reino Unido tuvo que suspender la presencialidad en las escuelas primarias y secundarias en el mes de enero. Francia tuvo que hacerlo a partir del último día del mes de marzo. Chile suspendió las clases el 15 de marzo por dos semanas. Uruguay suspendió la asistencia a las escuelas el 16 de marzo. México suspendió la presencialidad a partir del 20 de marzo.

Es decir que el análisis comparativo revela que otros países también han utilizado la restricción de la presencialidad en el ámbito educativo como instrumento de prevención contra la transmisión del COVID-19.

Ciertamente la falta de decisiones que impliquen medidas sanitarias concretas tiene consecuencias muy graves en la salud y vida de los ciudadanos, situación que el Gobierno Federal de la Nación Argentina, con muchísimo esfuerzo, está buscando evitar.

Finalmente, cabe insistir en que, si bien la presencialidad en las escuelas es un objetivo a recuperar en el corto plazo, no puede dejarse expuesta la salud y la vida de la población general, por loable que resulte aquel objetivo.

El sacrificio temporal, a fin de menguar la curva de contagios y frenar la circulación del virus lo suficiente para que el sistema sanitario descomprima parte de la presión que se encuentra atravesando, resulta necesario a fin de evitar un colapso sanitario y el consecuente aumento de morbilidad.

El negacionismo de la magnitud de los efectos de la pandemia sobre la vida humana que trasunta la demanda de la CABA resulta verdaderamente preocupante.

Es paradójico que el GCABA desconozca la gravedad de la actual crisis epidemiológica que comprende al AMBA y las serias razones que motivaron el dictado del DNU N° 241/2021, desde el momento que la realidad confirma plenamente la racionalidad del proceder del P.E.N.

5.10. Consideraciones sobre la proporcionalidad y razonabilidad del DNU N° 241/2021 desde el prisma de la dogmática constitucional.

La CABA sostiene que la suspensión transitoria de la presencialidad educativa en medio de una pandemia con un creciente número de contagios y de muertes, con una situación próxima a la saturación del sistema de salud y por un plazo acotado, *"viola el principio de razonabilidad"*; que ello implica una *"subversión del orden constitucional"*; que se emplea a la pandemia como *"una excusa"* y que representa *"una solución extrema que no encuentra justificativo"*.

Se desarrollarán en este capítulo dos puntos esenciales: 1) que la Ciudad no expone nunca en su presentación ante V.E. un test de proporcionalidad estricto; y 2) que no es posible, sin hacer tal test constitucional, a través de la ponderación de derechos (mandato previo a la proporcionalidad), arribar a

la conclusión mencionada (que exista una "violación del principio de razonabilidad").

La falacia de composición en la que incurre la representación de la CABA parece derivar de que no incluye los extremos necesarios (en la dogmática alemana se los define como "términos relacionales") que permitirían arribar constitucionalmente (mediante una adecuada ponderación de derechos en juego) a una conclusión semejante.

En la presentación de la CABA falta un extremo indispensable para configurar un test de proporcionalidad en sentido estricto (paso indispensable para llegar a una conclusión tan extrema como la inconstitucionalidad de una norma de rango legal dictada para mitigar los peligros de la pandemia); está ausente, en la demanda, una clara definición de los derechos en juego, una precisa delimitación de los principios jurídicos que colisionan.

La CABA yerra al concluir que existe una "violación al principio de razonabilidad" sin demostrar primero una desproporción en la medida gubernamental que objeta. Y esa desproporción es imposible de demostrar jurídicamente sin un test basado en los tres sub-principios de: adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), de un lado, y la ley de colisión (de derechos), del otro.

Los sub-principios de la proporcionalidad sirven para evaluar la constitucionalidad de la medida cuestionada. La ley de colisión, para evaluar, cuando existen derechos en tensión, cuál de ellos precede en el caso concreto (no hay reglas de precedencia absoluta para los principios jurídicos). Es en este último aspecto donde primordialmente falla la presentación judicial de la CABA: no se presenta nunca una ponderación jurídica.

Si no se definen los derechos en tensión, es imposible establecer una *regla de precedencia*. Sin esta regla, es imposible saber si el DNU es "*desproporcionado*" en el fin que busca (preservar la salud pública), en función de los derechos que afectaría. Al respecto, cabe enfatizar que la presencialidad per se no es un derecho; la educación sí lo es, pero ella no se ve cercenada, sino que se la implementa por la modalidad virtual o a distancia, es decir que en este caso no existe siquiera una afectación jurídica de derechos entre los cuales deba efectuarse una ponderación.

Sin perjuicio de lo anticipado, es claro que el DNU N° 241/2021 es una medida de rango legislativo de carácter excepcional y transitorio, en medio de una crisis (la pandemia), destinada a preservar el derecho a la vida y la salud pública, que claramente precede al resto de derechos, luego de una ponderación estricta en el contexto mencionado.

En la presentación de la CABA hay una incorrecta ponderación tanto del contexto de la medida (que no tiene por meta la afectación de la autonomía de la Ciudad), como de los derechos y principios que supuestamente colisionarían, los que tampoco se precisan en el planteo de la presentante.

Debe advertirse, desde ya, que la ponderación de principios y mandatos se refiere sobre todo a la evaluación circunstanciada de *posibilidades jurídicas*. No se puede resolver, como en el planteo de la actora, aportando solamente, o primariamente, "datos empíricos".

El mandato de la ponderación es un paso previo e indispensable en un test de proporcionalidad en sentido estricto (de donde se podría inferir, eventualmente, la "irrazonabilidad" o desproporción de una medida); tal procedimiento no aparece realizado en la demanda; sin él no se puede concluir, sin embargo, "irrazonabilidad" alguna.

El profesor Robert Alexy ha definido, en el marco de su teoría del discurso racional, la llamada "ley de ponderación", de amplio empleo en nuestra doctrina y jurisprudencia, que la toman de la doctrina alemana, a la hora de dirimir qué derecho(s) prevalece(n) cuando se presenta un conflicto entre ellos: "Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio [en este caso, la presencialidad educativa]. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario [en el caso, la salud pública]. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro."⁵.

En la teoría de la ponderación de derechos (que los trata como mandatos de optimización) suele ser difícil establecer el peso específico de los intereses en juego. La principal crítica a esta teoría suele ser la dificultad de establecer el peso de los derechos en tensión en abstracto⁶.

Pero en este caso que propone la CABA, paradójicamente, este conflicto no parece tan complejo. No hay duda de que la

⁵Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁵ Alexy, R. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 11, enero-junio 2009.

⁶ Aldunate, E. "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII. N1. Julio 2010. pp. 79-102.

vida y la salud están muy por encima de la educación presencial, máxime cuando ella se mantiene instrumentada vía virtual en forma transitoria, en medio de una emergencia sanitaria de esta magnitud.

En la teoría de los principios (principalismo jurídico), que un derecho tenga prioridad o precedencia en determinado contexto, no implica que el otro derecho pierda su validez. Significa que cede ante la preeminencia de otro derecho: la vida y la salud, que están por encima "en todo contexto". Son de los pocos derechos que escapan a esta discusión teórica con sus jerarquías "móviles" (no absolutas) de derechos. Por eso, el profesor Alexy, cultor de esta teoría de la ponderación -que se sostiene sobre la proporcionalidad- habla sin embargo de una "ética rudimentaria" y de un mínimo de dignidad, donde no cabe siempre el análisis de proporcionalidad. Precisamente este "piso" mínimo (en línea con la argumentación de Gustav Radbruch), que trasciende la ponderación, se hace claro cuando la vida y la salud están en juego o peligro⁷.

Cabe referirse aquí a los tres sub-principios en juego en este campo: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los principios son *mandatos de optimización*. Y la proporcionalidad como test se descompone en los tres sub-principios aludidos, lo que supone, a su vez, realizar estos tres pasos.

Los sub-principios de adecuación y necesidad responden a una optimización relativa a las *posibilidades materiales*. Cuando la actora habla de "proporcionalidad" del DNU, incurre

⁷ Alexy, R. *Derecho y Razón práctica*. Fontamara. México. 1993. También Alexy, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Suhrkamp. Frankfurt am main. 1995.

en un error metodológico. La proporcionalidad no se refiere primariamente a posibilidades "materiales" que se puedan evaluar con "datos empíricos". Estos datos ayudan a evaluar la adecuación y necesidad de las medidas, pero no su proporcionalidad estricta, que depende sobre todo de una correcta ponderación"⁸ de posibilidades jurídicas.

Lo que en el planteo de la demandante se llama "proporcionalidad", en rigor no es proporcionalidad en sentido estricto, porque ella requiere antes de una ponderación; y la ponderación (que es más que nada de posibilidades jurídicas) requiere de la colisión de derechos, esto es, de al menos dos derechos en conflicto.

En este caso, el planteo de la demandante no presenta a la salud como un derecho en "tensión" para evitar llegar así a la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto). Falta pues una ponderación de derechos adecuada al caso concreto; máxime cuando la actora soslaya admitir que el derecho a la educación no se ve sacrificado por las medidas adoptadas en el DNU N° 241/2021, sino que se lo implementa por una modalidad no presencial.

Modalidad esta última acorde a lo que aconteció durante la mayor parte del año 2020, aún en un contexto de la pandemia menos dramático que el actual; no sólo en lo que a la educación se refiere, sino a la generalidad de las actividades (por ejemplo, la administración del servicio de justicia, que encontró y mantiene su cauce a través del uso de los medios remotos).

Con relación al sub-principio de adecuación, cabe afirmar que la restricción de la circulación y de la vida

⁸ Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.

social en los entornos escolares ayuda directamente (es una medida adecuada) para combatir la difusión del COVID-19.

A su vez, el sub-principio de necesidad requiere que la decisión gubernamental que restrinja un derecho fundamental sea estrictamente indispensable o necesaria para satisfacer el fin pretendido, ya sea porque es la medida menos gravosa para el derecho afectado, o bien porque no existen opciones para satisfacer el fin perseguido, o las disponibles afectan otro derecho afectado en una medida mayor.

Las medidas son legítimas cuando se cumplen ambos supuestos; en caso contrario, se afectaría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existiría alguna alternativa mejor, menos perjudicial o costosa, con los mismos resultados. La pregunta que nos guía es, entonces ¿cómo reducir la circulación, sin afectar (o afectando en la menor medida posible) las distintas actividades de la sociedad (entre ellas, la economía), y preservando en el mayor equilibrio posible todos los derechos en juego?. Todos los sectores que pueden ver limitadas en alguna medida sus actividades, tienen legítimos intereses y derechos que oponer a las restricciones; pero éstas apuntan a un bien mayor: preservar la salud pública.

En el caso de autos, puede concluirse (más allá de que no se menoscaba el derecho a la educación mientras se mantengan las clases virtuales) que la virtualidad en pandemia es la medida menos "gravosa" para el derecho que supuestamente estaría afectado (la educación). La virtualidad es la opción menos gravosa para preservar y garantizar ese mismo derecho, garantizando a su vez la vida y la salud (de mayor entidad), en su doble faz, individual (la de cada miembro de la comunidad educativa) y colectiva.

Es ahí donde las medidas dan cuenta de una búsqueda de equilibrio lo menos lesivo posible, también desde un mirada de futuro.

En lo relativo al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, de amplio desarrollo en la doctrina iusfilosófica argentina, cabe afirmar que presupone el mandato de ponderación.

En la presentación de la CABA se concluye en la desproporción de las medidas implementadas por el DNU N° 241/2021 en lo que atañe a la educación, pero no se cumple con el mandato o examen de ponderación.

Esto supone saltar un paso lógico en la presentación de la postura sostenida, la que por ende resulta incompleta: los argumentos no alcanzan para fundar las conclusiones, las que entonces se tornan dogmáticas. Es imposible técnicamente arribar a ese resultado jurídico (la violación de principio de proporcionalidad), sin haber pasado antes por una adecuada ponderación de los derechos en juego.

Como ya se dijo, en la presentación de la CABA no se presenta a la vida y a la salud como un derecho. Esta carencia teórica es central porque afecta luego la integración metodológica de la ponderación; y allí el test constitucional (concretamente, el test de proporcionalidad que propone la actora) pierde todo sentido.

La CABA deforma lo que en la concepción del profesor Alexy es "la ley de colisión", pues si se borra uno de los extremos de la proporcionalidad estricta, al no presentar a la vida y la salud como un derecho (como mínimo, del mismo rango que la educación), no hay "ponderación" estricta posible, ni escala de análisis de afectaciones recíprocas; es entonces imposible, en el caso concreto, establecer una jerarquía entre derechos que se encuentren en tensión.

En el planteo de la actora no se habla de vida y salud por un lado, y de educación por otro, como dos derechos en conflicto. Se opone la presencialidad al cierre de escuelas, cuando esto último no es lo que se ha dispuesto, sino la educación a distancia. No existe, pues, una genuina colisión de derechos.

La virtualidad garantiza, aun aceptando sus dificultades y limitaciones, el acceso a la educación. Los "trastornos en la vida diaria de los padres" que se invocan, son el producto de una pandemia, no de una medida de gobierno que busca preservar, ante todo, la salud pública. Tales trastornos suponen, en todo caso, un costo leve o moderado, frente a la gravedad de la emergencia sanitaria y el riesgo que pesa sobre vidas humanas. Y son trastornos que ha tenido que afrontar la sociedad en general.

En síntesis, el DNU N° 241/2021 cumple pues con los tres criterios establecidos por la doctrina mayoritaria: es una medida adecuada, porque sirve para disminuir la circulación y con ello los contagios; es necesaria (menos lesiva), ya que de no recortarse la circulación en forma sustantiva, la saturación del sistema de atención de la salud y el riesgo directo o indirecto para la vida de millones de personas es concreto y palpable; y es proporcional (en sentido estricto) a la gravedad de la pandemia, en tanto hace prevalecer el derecho a la vida y la salud, ante la presencialidad educativa -que es reemplazada, temporalmente, por la modalidad virtual-.

5.11. La razonabilidad de la norma federal

Conforme se expusiera, y realizando una interpretación sistémica del marco jurídico en el que se desenvuelven los

puntos a dilucidar, el DNU N° 241/2020 no se aparta de lo prescripto por nuestra Carta Magna, y en particular cumple acabadamente con el principio de razonabilidad, en tanto que no se advierte ningún exceso, despropósito o arbitrariedad en la norma, sino que, antes, se muestra a simple vista como la aplicación lisa y llana del mandato constitucional de garantizar en forma primaria el derecho a la vida y a la salud (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.; arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es decir que la norma que aquí se impugna, tal como fue descripto, aparece absolutamente proporcional, razonable y legítima.

Cierto es que la constitucionalidad de una norma se halla condicionada, por un lado, a que se respeten los derechos en su sustancia y, por la otra, a la adecuación de las restricciones que se les impone, a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas, **siendo a cargo de quien invoca irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva.**

En el caso, tal como se explicó, nuestro país -al igual que el resto del mundo- se encuentra atravesando una grave situación epidemiológica, caracterizada por el alto índice de contagiosidad del COVID-19. A la vez, nos encontramos en pleno pico de la denominada "segunda ola" de contagios.

En tal sentido, como se demostró en los capítulos anteriores sobre la base de los informes sanitarios aportados, el aumento de la curva de contagios fue exponencial en las últimas semanas, generando un riesgo cierto de saturación del sistema sanitario. De este modo, se constata que a mayor circulación de personas, se incrementa la velocidad de contagios, lo que hace indispensable la adopción de medidas que reduzcan la movilidad de las personas y con ello la transmisión del virus.

Esto nos lleva a concluir que las restricciones adoptadas por el DNU N° 241/2021, configuran el medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de Covid-19 y con ello resguardar la salud pública.

Fue por eso que, mediante la norma federal infundadamente atacada, se decidió, entre otras medidas, suspender temporalmente la presencialidad de las clases.

La razonabilidad de la norma se encuentra fundada en los hechos que le han dado origen (situación epidemiológica, crecimiento exponencial de los contagios, el aumento de ocupación de camas de terapia intensiva) y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, concretamente la vida y la salud de la población.

Asimismo, resulta proporcional a los fines que se procura alcanzar (doctrina de Fallos: 199:483; 249:252; 250:418; 253:478; 290:245; 306:1560; 307:862 y 906). Puesto que, en cuanto al punto particular cuestionado por la actora, se observa que la suspensión temporal de la presencialidad no implica una interrupción de las clases, porque ellas continuarán en la modalidad virtual; ello, sumado al hecho de que configura una medida de carácter temporal. Así lo prescribe el Decreto N° 241/2021 "... Establécese (...) 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 ...”.

Por su parte, dicha suspensión se funda en la necesidad de reducir la movilidad de la gran cantidad de personas (docentes, no docentes alumnos, y acompañantes) que genera la presencialidad de las clases. Así como también se ha ampliado la restricción de la circulación en el horario nocturno y en la atención de los comercios, en un todo coherente con el fin de reducir la circulación de personas.

De esta manera se compatibiliza el deber de resguardar el derecho a la salud, a la vida y a la educación. Es decir que la limitación temporal es proporcionada y razonable con el fin perseguido con la norma.

Complementariamente debemos destacar el esfuerzo del Gobierno Nacional por tratar de controlar el aumento desmedido de casos de Covid-19, y a la vez de fijar una duración acotada a estas nuevas medidas, por cuanto el Gobierno Nacional es consciente de la importancia de recibir educación presencial.

Garantizar el derecho a la educación, en este contexto, ha sido uno de los objetivos fundamentales del Gobierno Nacional, en tanto se han adoptado otras medidas de trascendencia destinadas a garantizar el acceso a la educación virtual y/o a los medios tecnológicos que la facilitan, a través del dictado del DNU N° 690/2020 y las consecuentes resoluciones del ENACOM.

De esta manera se buscó asegurar el acceso a la conectividad dada la necesidad imperiosa de estos tiempos de ejercer el trabajo, la educación, la medicina, entre otras actividades, mediante la modalidad virtual; remarcando que la

educación es uno de los pilares fundamentales para el dictado del Decreto que declaró esenciales a los servicios de información y comunicación (telefonía, internet, telecomunicaciones; conf. Decreto N° 690/2020 ya citado).

Sin ir más lejos, vale destacar que esta presentación destinada a contestar la demanda de la CABA, es una muestra más que suficiente de la necesaria virtualidad en tiempos de pandemia; y de cómo la conectividad ha permitido que el acceso a la justicia esté garantizado, más allá de la presencialidad.

La medida cuestionada se limita territorialmente a las dos jurisdicciones en donde más ha crecido la curva de contagios (la Ciudad de Buenos Aires y los distritos más densamente poblados de la Provincia de Buenos Aires).

La Nación es garante de los derechos a la vida y a la salud, y no puede omitir la adopción de las medidas necesarias cuando exista riesgo cierto para esos derechos a escala interjurisdiccional -dada la circulación del virus-.

En este sentido, se ha señalado que *"Nuestra Corte Suprema ... ha aplicado siempre la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo y aun ejecutivo, lo que supone la presunción de su racionalidad"*⁹. En virtud de ello, se exige que quien alega la irracionalidad de una norma demuestre el sustento de su impugnación.

La presunción de constitucionalidad de las normas, implica: a) la necesidad de que la contradicción entre la norma y la Constitución sea absoluta, palmaria, clara; b) la necesidad de que antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley el juez debe tratar de darle una interpretación que sea compatible con la Constitución (interpretación

⁹ Linares Juan F., "Razonabilidad de las leyes", 2ª edición actualizada, ASTREA, 2010, p. 213.

constructiva); y c) la carencia de atribuciones de los jueces para juzgar la oportunidad, conveniencia, utilidad o eficacia social de la norma.

Como ya fue destacado en este escrito, desde hace mucho tiempo V.E. ha venido sosteniendo que dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258: 255; 330:855 y 5345, entre muchos otros).

No hay duda, entonces, de que quien impugne la constitucionalidad de una norma debe producir la prueba más amplia tendiente a la demostración de su postura.

Y hemos acreditado que la presentación de la CABA no satisface ese estándar.

También tiene dicho ese Alto Tribunal que: *"esta Corte Suprema, interpretando la Constitución de manera que sus limitaciones no lleguen a destruir ni a trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Estado a efecto del cumplimiento de sus elevados fines del modo más beneficioso para la comunidad ... ha reconocido de antiguo la facultad de aquél para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público"* -el destacado nos pertenece- (Fallos 199:483).

En virtud de lo anterior, los sólidos argumentos y fundamentaciones que respaldan al DNU N° 241/2021, contrastan ostensiblemente con el déficit argumental de la demanda,

hecho este que nos impone solicitar a V.E tenga a bien rechazar la pretensión declarativa de inconstitucionalidad planteada por la CABA, por resultar manifiestamente infundada.

5.12. La debilidad probatoria de la demanda de la CABA

Hemos señalado ya que la evaluación que justifica el dictado del DNU N° 241/2021 se sustenta en informes del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, organismo que monitorea la evolución de la pandemia de manera permanente.

El Informe del citado Ministerio que acompaña esta presentación fue elaborado por la Dirección Nacional de Epidemiología, repartición con competencia técnica especializada en la materia; y se encuentra avalado por el refrendo expreso de la titular de esa Cartera, tanto en forma digital como ológrafa.

Es decir que la autoridad que suscribe esa documentación se hace responsable de sus contenidos, en lo profesional, en lo técnico y en lo institucional.

V.E. podrá advertir que la representación de la CABA pretende respaldar las afirmaciones que formula en el escrito de demanda, en un glosario de documentos que presuntamente provendrían, en su mayor parte, de páginas institucionales de diversas entidades públicas y privadas.

No se nos escapa que en algunos casos esa documentación ha sido acompañada por una constancia con firma electrónica de una autoridad de la CABA que certifica que ha procedido a agregar los respectivos informes.

Pero tal certificación no tiene más alcance que el expresado. Lo cierto es que esos informes que esgrime la representación de la CABA a lo sumo indican las instituciones

de las que **supuestamente** emanarían; pero no se encuentran refrendados por autoridades competentes o por profesionales con incumbencias en las materias abordadas.

Su fuerza de convicción es, por ende, nula. Y mal podría otorgárseles valor probatorio alguno; más si se los contrapone con los informes oficiales aportados junto con este escrito por el Estado Nacional, los que se encuentran debidamente fundados y refrendados por las autoridades de las que emanan.

5.13. El Poder de Policía del Estado Nacional en materia de salubridad. La emergencia. Competencia del Gobierno Federal. Primacía del régimen jurídico federal sobre los ordenamientos locales.

El artículo 1° de la Ley N° 27.541, declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, **sanitaria y social, y delegó en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en su artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.**

En las bases de delegación se estableció en lo que a la materia sanitaria concierne *"Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de*

Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales" (art. 2, inc.f).

Posteriormente, por el DNU N° 260/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la mencionada ley, en virtud de la pandemia del COVID-19; y fue luego prorrogada mediante DNU N° 167/2021.

De esta manera, el marco jurídico del ejercicio del poder de policía por parte del Gobierno Federal en materia sanitaria, se encuadra en la propia Constitución Nacional y en las normas que declararon la emergencia sanitaria.

Como bien ha sido reconocido de manera sostenida por V.E., el Estado tiene prerrogativas de poder de policía de salubridad destinadas a la protección de la vida y la salud (Fallos: 3:468; 11:5; 195:108; 7:150; 31:273; 124:75; 128:85; 157:28; 124:395; 198:111; 65:48; 117:432; 155:185; 179:113; 181:209; 183:95; 189:234).

Ahora bien, corresponde en este apartado adentrarnos en el análisis de las facultades derivadas del ejercicio del poder de policía por parte del Estado Nacional.

Ya en 1866, en los albores de la conformación del derecho nacional bajo la Constitución de 1853-1860, el doctor Ramón Ferreyra, precursor de las publicaciones del derecho administrativo argentino, señaló de modo elocuente que:

"La salud pública es el bien mayor de la sociedad; y hay la necesidad más grande de tomar cuantas medidas se crean concernientes a su conservación, ya para evitar las epidemias interiores o que se introduzcan de afuera, ya contra la propagación y el contagio. Ningún peligro amenaza más inmediato la existencia ni trae consigo mayor ruina en las familias; y por eso aquí mas que en ninguna otra cosa, es

necesaria la vigilancia y los recursos poderosos del gobierno.

Su exigencia existe en todos los puntos del territorio y con más imperio en la choza del desválido; por consiguiente la administración de este ramo debe organizarse ... multiplicando las medidas en razón de la naturaleza del asunto.

(...) Las epidemias pueden introducirse de afuera o tener su origen en el interior del Estado. En ambos casos, la medida general indispensable es la incomunicación absoluta ... para evitar el contagio. Establecer interdicción, no solo de las personas, sino de víveres, mercancías y todo comercio ...¹⁰.

La doctrina más reciente ha dicho que:

"la amplitud del poder de policía resultante de las disposiciones constitucionales, determina que su esfera de acción se extienda sobre el bienestar y la necesidad pública como conceptos que conforman la noción de bien común (...) Sobre tal base, y sistematizando los objetivos que persigue el poder de policía, su ejercicio debe ser el medio razonablemente necesario para: (...) 4) proteger la salud pública".

"... los límites constitucionales del poder de policía en los siguientes: (...)

Debe emanar del órgano gubernamental constitucionalmente competente.

La restricción debe ser razonable;

Debe existir una real necesidad impuesta de manera insoslayable por el interés general, es decir, alguno de los objetivos para cuya preservación puede ser ejercido el poder de policía;

¹⁰ Ferreyra, Ramón, "Tratado de Derecho Administrativo General y Argentino", Bs. As., Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, pág. 82 y sigtes. El doctor Ferreyra fue, además de tratadista, el primer Procurador del Tesoro de la Nación.

Debe responder a una necesidad real, intensa, efectiva o potencial que no pueda ser satisfecha sin imponer restricciones a las libertades individuales o sociales;

Debe ser genérica, aplicable a todos los habitantes en igualdad de circunstancias, sin establecer discriminaciones para sus destinatarios;

Es necesario que la restricción no supere los límites de los arts. 19 y 28 de la Constitución, conduciendo a la negación absoluta de una libertad constitucional o a la imposición de restricciones de una envergadura tal que desnaturalicen esa libertad;

Si bien, en casos de extrema gravedad puede resultar razonable la suspensión de ciertos derechos, ella no puede abarcar el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de la irretroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad o los derechos políticos, así como tampoco las garantías judiciales para la protección de esos derechos. Esa enumeración, prevista en el art. 27, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reviste carácter enunciativo. De modo que, cabe añadir todas aquellas libertades que conforman la esencia de un sistema político republicano. Se podrá decretar su suspensión parcial y limitada en el tiempo, pero no de manera absoluta a la luz de las prescripciones contenidas en nuestra Ley Fundamental¹¹.

Es claro que una medida como el artículo 2º, parte final, del DNU N° 241/2021, que sólo restringe la

¹¹ Badeni, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, 2da Ed. La Ley, Bs. As., págs. 469/ 470.

presencialidad en las escuelas, pero no implica la suspensión de las actividades educativas -que pueden continuar por vía virtual-, por un lapso acotado en el tiempo, a raíz de una situación de gravedad tal que ha generado una crisis a nivel mundial, satisface ampliamente los estándares antes señalados.

Y en lo que atañe al ejercicio del poder de policía por parte de las distintas jurisdicciones y de la Nación, se ha sostenido que no cabe considerarlo *"... exclusivo de las provincias ya que es evidente, para atender a los fines superiores del Estado Federal en su conjunto, la Nación requiere esas potestades como herramientas indispensables de gobierno"*¹².

En suma, si bien dentro de los poderes que han quedado bajo la reserva de las jurisdicciones locales se encuentra el poder de policía (como institución de Derecho Público), ello es así con la salvedad de que en determinadas competencias el poder es concurrente; y si existiera un interés federal en determinada materia, y el criterio de las autoridades locales resultara incompatible con el del poder federal, prevalecería este último de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Nacional. Norma este que cabe interpretar en el contexto de las disposiciones de la Carta Magna con las que se interrelaciona (arts. 3 y 128).

Desde los inicios de nuestra vida constitucional, V.E. ha sostenido que las facultades corresponden con exclusividad a la Nación cuando la Constitución concede expresamente al Poder Legislativo Nacional un poder exclusivo, cuando el ejercicio de ese mismo poder se encuentra expresamente

¹² BOTASSI, Carlos Alfredo, Derecho Administrativo Ambiental, Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 1997, págs. 63-68.

prohibido para las provincias o en los casos en que existe una absoluta incompatibilidad en el ejercicio de esos poderes por las provincias (cfr. Fallos 3:131, Don Domingo Mendoza c. Prov. de San Luis, 1865; en similar sentido autos "Griet Hermanos c/Provincia de Tucumán" del 3 de noviembre de 1922, Fallos, 137: 212, entre otros).

La doctrina también ha dicho que "... Cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma jerárquica, la nacional, debe primar sobre la local"¹³.

El bloque de constitucionalidad federal está conformado por la fuente interna -Constitución Nacional- y la fuente externa, resultante de los tratados de protección de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Carta Magna.

A ello debe agregarse, por imperio de lo dispuesto en los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional, la supremacía de la legislación federal por sobre la de las jurisdicciones locales; así, las provincias, la CABA y sus autoridades deben ser respetuosas de la normativa que emana del Gobierno Federal.

Se ha dicho al respecto que "... de lo que se trata es del despliegue de varias obligaciones específicas en orden a la preservación del sistema de supremacía constitucional. En primer lugar, cabe a los gobernadores, como jefes de los estados locales, cumplir en el ámbito de las provincias con los mandatos del bloque de constitucionalidad ... en segundo término, les cabe no bloquear, interferir, ni obstaculizar directa o indirectamente lo establecido en las leyes dictadas

¹³ Fiorini, Bartolomé, Poder de Policía, Buenos Aires, Alfa, 1957, pág. 162.

por el Congreso, en los decretos emanados del poder ejecutivo, o en las decisiones judiciales ..."¹⁴.

En similar sentido, se ha afirmado que en el marco del régimen federal adoptado para su gobierno por la Nación Argentina (artículo 1° de nuestra Ley Fundamental), existe un complejo marco de vinculaciones entre el Estado Nacional y las jurisdicciones locales, comprensivo de relaciones de participación, de coordinación o distribución de competencias, y de subordinación. Y respecto de estas últimas: "Las provincias guardan subordinación con el Estado federal en los estrictos términos de la Constitución ... El artículo 31 y, en lo pertinente, el artículo 75, inciso 22 (segundo párrafo), son los que establecen el orden jerárquico normativo nacional conocido como Ley Suprema de la Nación, que debe ser acatado `por las autoridades de cada provincia`, `no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales`"¹⁵.

En el sentido expuesto, la supremacía de la normativa federal es uno de los pilares básicos de la organización del Estado federal argentino (art. 1, Constitución Nacional). Constituye, precisamente, una forma de armonizar las normas que puedan dictar las distintas jurisdicciones y el gobierno nacional, evitando así los conflictos por contradicciones entre unas y otras.

En ese orden de ideas, la doctrina ha destacado que:

"Tal como lo sostuvo la mayoría de la Corte Suprema en el caso "Boto" la cláusula para el progreso otorga amplios poderes al Congreso de la Nación (...) La sentencia dictada

¹⁴ Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", Ed. La Ley, Bs.As., 2009, T. II, pág. 625.

¹⁵ Rosatti, Horacio D., "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2017, 2ª. edición, T. II, pág. 584 y sigtes.

luego de la sanción de la reforma constitucional de 1994, extendió decididamente el alcance del poder de Policía de bienestar, derivado de la cláusula para el progreso. La Corte Suprema aplicó la regla de no interferencia con los propósitos de la legislación federal en el empleo de esa cláusula y fue consistente con el standard establecido. En efecto el Tribunal utilizó un análisis estricto, concreto y situado de los efectos de la norma local y sostuvo que, en el caso, interfería y bloqueaba los propósitos de la ley federal"¹⁶.

Considerando que el ejercicio del poder de policía se extiende sobre el bienestar y la necesidad pública, se advierte que ante la propagación del virus que amenaza la salud de la población, las medidas implementadas por el Gobierno Federal (en el caso, el P.E.N., en virtud de sus potestades constitucionales y de las que le otorgó el Congreso de la Nación mediante la Ley N° 27.541), resultan plenamente justificadas en pos del bien común de la Nación.

Y tal ejercicio se ha traducido en un plexo normativo conformado por disposiciones legales, y normas de ese rango dictadas por el P.E.N. en virtud de las atribuciones conferidas por el art. 99 inc. 3 de la C.N., que gozan de la primacía que consagra el art. 31 de la Carta Magna en favor de la normativa federal.

En tal sentido, también corresponde recordar que "la razonabilidad en el acto del poder de policía no debe ser probada, porque ella se presume. Todos los actos de gobierno, importen o no el ejercicio del poder de policía, disfrutan de una fuerte presunción de constitucionalidad y, como consecuencia, de razonabilidad. En cada caso concreto, su

¹⁶ Gelli, op. cit., págs. 198/199

descalificación judicial requiere la prueba indubitable sobre la irrazonabilidad de la restricción impuesta a la libertad individual"¹⁷.

Retomando la jurisprudencia de V.E. sobre esta materia, este Alto Tribunal dijo que *"para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes [en referencia al federal y al local] ... es menester que haya repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse ... en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal"* (CSJN en autos "Sociedad Com. E Ind. Giménez Vargas Hnos. v. Provincia de Mendoza", del 9 de diciembre de 1957, Fallos, 239: 343).

Esa Excma. Corte sostuvo que el ejercicio de la competencia de las provincias en materias concurrentes *"reconoce excepción cuando se configure alguna de las siguientes dos hipótesis: a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la 'cláusula del progreso' prevista en el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias; o b) que se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada 'cláusula del progreso'"* (CSJN en autos "Boto, Armando c/Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/diferencias salariales", del 6 de mayo de 1997, Fallos, 320: 786; ya mencionada a través de una anterior cita de doctrina).

Según la Corte, el criterio expuesto constituye un estándar, cuya función es la de permitir determinar cuándo la normativa federal prevalece sobre la normativa provincial a

¹⁷ Badeni, op. cit. pág. 472

raíz de lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto se concluye que tanto las posiciones doctrinarias como la jurisprudencia emanada de V.E. admiten la coexistencia de normas de policía locales y federales sobre una problemática específica, en la medida en que las primeras no afecten la eficacia de las últimas.

Por su parte, en materia de policía sanitaria, la jurisprudencia de ese Alto Tribunal ha sostenido "Como regla, cuando la ley delega en las autoridades del Poder Ejecutivo la determinación de las políticas y el dictado de las regulaciones que a su juicio resulten más adecuadas para cumplir los cometidos preestablecidos por aquél, los jueces no pueden ex-post facto sustituir el criterio adoptado por las autoridades administrativas, al considerarlas inconvenientes, juzgarlas según su propia discreción sustituyendo indebidamente la que es propia del Poder Ejecutivo Nacional" (Fallos: 329:3966).

Igualmente, si bien con referencia a la sanidad animal, pero cuyo razonamiento es trasladable al caso, V.E. entendió que "En razón de la naturaleza de los bienes tutelados en la ley 3959 defensa de los ganados contra la invasión de enfermedades contagiosas exóticas y la acción de las epizooticas existentes corresponde a la Nación su aplicación uniforme en todo el país en ejercicio del poder de policía de sanidad animal, sin que ella implique violación a los arts. 121 y 122 (ex 104 y 105) de la Constitución Nacional)" (Fallos: 318:137).

Va de suyo que, con mayor razón, el criterio se impone respecto de salud pública de las personas, en consonancia con

los precedentes que fueron *ut supra* citados (Fallos: 338:1110; 329:4918, entre otros).

Finalmente considerando las facultades concurrentes de la Nación y las autoridades locales, este Alto Tribunal ha sostenido que *"Dada la posición que ocupan las provincias dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional, ya que las facultades provinciales, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda"* (Fallos: 318:2374; la sobreimpresión no es del original).

Las consideraciones que anteceden, atinentes a las relaciones entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de las Provincias, y a la primacía del orden jurídico federal, resultan plenamente aplicables en relación con la CABA; máxime cuando esta última ni siquiera ostenta el carácter de Provincia¹⁸.

Asimismo, V.E podrá apreciar el carácter interjurisdiccional del DNU N° 241/2021, en cuanto sus previsiones alcanzan a la Ciudad de Buenos Aires y a una porción considerable -la más densamente poblada- de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a materia sanitaria. Ese conglomerado es el que se identifica como AMBA.

En consecuencia, el alcance de la norma, conforme se extrae de sus propios términos, es inter-jurisdiccional para prevenir, a su vez, efectos sanitarios negativos a nivel nacional.

¹⁸ Rosatti, *op. cit.*, pág.639; asimismo, voto disidente de la doctora Highton de Nolasco en el precedente de Fallos 342:533.

Es que la problemática sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 no reconoce fronteras internas; y es un dato de la realidad, que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, constituye un fenómeno de la vida cotidiana, e involucra los desplazamientos de personas pertenecientes a la comunidad educativa.

V.E. ya se ha expedido en lo referido a la competencia federal con motivo de cuestiones inter-jurisdiccionales (regulación de servicios públicos que exceden una jurisdicción, o cuestiones ambientales), las que se configuran cuando el territorio afectado se trata de un área geográfica que se extiende más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679, 334:476; 341:1232 342:1061; 343:319; 344:409). Es decir que el asunto incluye problemas compartidos por más de una jurisdicción.

En el caso, las medidas buscan proteger la vida y la salud a nivel nacional, y para ello, en particular, se ha hecho especial énfasis en el área geográfica conocida como AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus; de modo que, si no se adoptan las medidas necesarias, impactará inevitablemente hacia el resto de la población.

El AMBA es un conglomerado pluri-jurisdiccional, que abarca en su plenitud a la CABA y también una porción considerable de la Provincia de Buenos Aires.

Así, las decisiones sanitarias locales, en la medida en que no afecten la salud de la población a nivel nacional o de las restantes jurisdicciones, puede resultar competencia propia de la Ciudad. Sin embargo, cuando la acción o inacción de las autoridades locales trascienda de forma cierta, probable o inminente a otras jurisdicciones, suscita la

competencia federal por la inter-jurisdiccionalidad de la situación configurada.

Que la medida afecte en su totalidad a la Ciudad y sólo en una porción a la Provincia, no quita que el Decreto N° 241/2021 se proyecte hacia ambos distritos por igual, en pos de proteger la salud a nivel general.

5.14. Actos consentidos por la CABA. Doctrina de los actos propios

La calificación de pandemia y preocupación por la amenaza del virus, por parte de la OMS no ha cambiado, es decir que, a pesar de haber pasado más de un año desde el inicio de este fenómeno, no se ha logrado a nivel mundial derrotar a la enfermedad o reducirla a una calificación menor a la de pandemia.

En tal sentido, no podemos dejar de señalar que la CABA ha consentido todos y cada uno de los Decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al DNU N° 241/2021, sin cuestionar la competencia del P.E.N. en la materia.

Todas estas medidas y las bases sobre las cuales se dictaron, siempre tuvieron reglas claras:

- * Se valoraron los informes técnicos de las áreas gubernamentales especializadas;

- * Se ponderó la curva de contagio;

- * Se valoró que el sistema de salud debía contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria (Dec. 520/20, y ccds.);

- * Se ponderó con mayor rigidez los aglomerados urbanos con "transmisión comunitaria" sostenida del virus (Dec. 520/20, y ccds.);

* Se sopesó que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no debe ser inferior a QUINCE (15) días (Dec. 520/20 y ccds.).

Las autoridades de la CABA no sólo consintieron la constitucionalidad de esas medidas, incluso más restrictivas que la adoptada por el DNU N° 241/2021 respecto de la presencialidad en las escuelas; recuérdese que el "aislamiento social preventivo obligatorio" (ASPO) que rigió durante largos meses en el año 2020, implicó restricciones mucho más intensas que las actuales.

Con lo cual, nada tiene de sorprendente y menos aún de infundado el dictado del Decreto cuestionado por la contraria, ya que lo cierto es que, desde hace más de un año, el Gobierno Federal, con el acompañamiento de los Gobiernos locales, vienen trabajando y tratando la pandemia sobre la base de los mismos criterios de ponderación, para proteger la vida y la salud de la población.

El DNU N° 677/2020 (12/8/20) que reguló el distanciamiento social preventivo obligatorio (DISPO), a la par del aislamiento obligatorio, destacó: "...Que el presente decreto, así como el Decreto N° 297/20 y sus prórrogas, se dicta con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. La restricción parcial y temporaria a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del derecho colectivo a la salud pública y del derecho subjetivo a la vida. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de aislamiento y distanciamiento dispuestas en forma temporaria, sino de todas y todos los habitantes en su

conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotras y nosotros cumpla con el aislamiento y/o distanciamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad".

Así las cosas, queda claro que todas las medidas enmarcadas en la pandemia de COVID 19, siempre tuvieron en vista la protección de la vida y la salud de la población, disponiendo restricciones de derechos en favor del interés común.

Tales normas no fueron controvertidas por la CABA; tampoco la que dispuso la restricción de la posibilidad de dar enseñanza presencial en el 2020.

Entonces resulta incoherente -desde una perspectiva no sólo jurídica, sino también política e institucional- que en este momento crucial, en que la situación epidemiológica se agravó con motivo de la "segunda ola" de contagios, el Gobierno de la CABA impugne esta medida, cuando durante el año pasado consintió otras de igual tenor, o aún más intensas, en un escenario más benevolente, atento a la menor cantidad de casos registrados en comparación con los actuales.

Con lo cual, si con una menor tasa de contagio y de muertes por el COVID-19, la restricción de la presencialidad fue válida en el pasado para la actora, más aún debería serlo ante el contexto actual.

Esta última circunstancia resulta decisiva desde el punto de vista jurídico, pues torna aplicable al caso la teoría de los actos propios.

Ha existido una conducta voluntariamente asumida por la accionante, jurídicamente relevante, que ahora la CABA no

puede contradecir sin ponerse en una situación palmariamente incompatible con su postura anterior.

En ello queda comprometido el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, y que condiciona, especialmente, la validez del actuar estatal (en este caso, el del Gobierno de la CABA); en función de tal principio, no es lícito hacer valer un supuesto derecho en contradicción con una conducta anterior incompatible, pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (Fallos: 338:161; en igual sentido, 329:5793; 330:1927, entre otros).

Ese Alto Tribunal tuvo oportunidad de establecer que "La doctrina de los actos propios que ha sido construida sobre una base primordialmente ética sirve para descalificar ciertos actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos: 323:3035, considerando 15 y sus citas, entre otros). La aplicación de esa doctrina requiere, al menos, el cumplimiento de dos requisitos: uno, que exista identidad subjetiva, esto es identidad entre el sujeto del que emana un acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona; el otro, que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo "círculo de intereses", puesto que "sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente, pueda suscitar en el adversario' la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud

frente a esta situación jurídica" (Luis Díez - Picazo Ponce de León, *La Doctrina de los Propios Actos*, Bosch Casa Editora, Barcelona, 1963, págs. 206/208 y 231/232). (CSJN "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/contrato administrativo", A. 308. XXXVI. R.O., sentencia del 18 de julio de 2002).

El cuestionamiento que ahora la CABA formula respecto del DNU N° 241/2021 es un claro ejemplo de una conducta contradictoria respecto de sus actos anteriores, que V.E. debe descalificar en basa a su larga jurisprudencia en torno de la doctrina de los actos propios.

5.15. Las manifestaciones públicas de los Ministros del PEN, a contrario de lo que afirma la CABA, no hacen más que confirmar la razonabilidad de la norma y la actuación coherente del P.E.N.

La actora efectúa, a lo largo de todo un capítulo de su presentación, la transcripción de declaraciones de los Ministros de Salud y Educación de la Nación, alegando que estas resultan "reveladores de la falta de razonabilidad de la decisión adoptada en el Decreto 241/PEN/2021"; y acusa al Gobierno Federal de falta de empatía y desinterés en la educación nacional.

En primer lugar, si bien los dichos que invoca no pueden configurar en absoluto un elemento determinante para atacar la validez de una norma, se advierte que aquellas declaraciones, solo conducen a confirmar la coherencia de la actuación del Poder Ejecutivo Nacional.

Lo expuesto por la actora no es más que el fruto de su arbitraria interpretación para fundar su inverosímil

pretensión. Tan es así que la accionante soslaya que las decisiones preventivas adoptadas, son elaboradas en base a la colaboración de los ministros y expertos en la materia.

En efecto las expresiones citadas no demuestran una irrazonabilidad en la norma sino que, reafirman los términos del DNU N° 241/2021, en cuanto éste destaca en sus considerandos la importancia de la presencialidad para la educación. También son consecuentes, con la intención volcada en los considerandos de la norma, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto al mantenimiento de la presencialidad escolar y, en el caso particular, su restablecimiento inmediato cuando la situación epidemiológica lo permita.

Es decir que, lejos de contrariar la norma o restarle validez, estas afirmaciones que la actora saca de contexto, reflejan la postura asumida por el P.E.N. en el DNU y resultan consecuentes con los considerandos de aquel.

Esto no hace sino dejar en evidencia la interpretación arbitraria que la actora hace de los términos del Decreto, a fin de petitionar su inconstitucionalidad.

Por otra parte, es obvio que el abordaje de la problemática inherente a la pandemia es efectuado por las distintas autoridades del Poder Administrador en base a los datos de una realidad cambiante día a día; cambios que, lamentablemente, durante esta "segunda ola" del COVID-19 van exteriorizando un empeoramiento de la situación epidemiológica.

La actitud de la actora, que pretende tomar de manera descontextualizada (pues como se dijo el contexto varía a veces a diario) declaraciones de funcionarios del Gobierno Nacional que precedieron al dictado del Decreto N° 241/2021, es más bien propia de un "picapleitos" que de una autoridad

gubernamental que debe adoptar una actitud responsable ante la magnitud de la crisis que ha originado la pandemia.

En este aspecto, una vez más, la actora se limita a manifestar su mera disconformidad, sin lograr aportar elemento jurídico alguno de convicción que permita hacer lugar a una declaración tan grave como la inconstitucionalidad que pretende, en uno de los momentos más delicados y críticos de la historia nacional reciente.

5.16. La inexistencia del vicio en la motivación, relacionada con su finalidad, que la CABA le atribuye al DNU N° 241/2021

Sostiene la actora que el real motivo del dictado del DNU N° 241/2021 no está expresado en sus fundamentos, los que exteriorizan una finalidad que no es la verdadera.

Afirma que *"Frente al fracaso de la capacidad del Estado Nacional para conseguir en el mercado internacional la cantidad de vacunas que se requieren en el país"*, es factible que la decisión adoptada a través del DNU haya tenido por objeto *"demostrar acción de gestión para evitar la propagación del virus"*, y ocultar así los cuestionamientos de los que es objeto la campaña de vacunación.

Agrega la demanda que en un principio el Estado Nacional *"concentró la posibilidad de conseguir vacunas en el mercado internacional"*; y que *"hace menos de 10 días revisó su estrategia y autorizó a las jurisdicciones a conseguirlas, ante el evidente fracaso de su obtención en las cantidades requeridas"*.

La demandante pretende darle el sesgo de un razonamiento jurídico a lo que no es más que una crítica de baja estofa, que encierra una finalidad política de vuelo rastrero.

Constituye un hecho público y notorio, que no escapa al conocimiento generalizado, que en el marco de una pandemia de dimensión planetaria los requerimientos exceden largamente la capacidad de producción de las firmas fabricantes de vacunas contra el COVID-19.

Tampoco escapará a V.E. que en este contexto varias de las principales potencias del mundo han adquirido vacunas en cantidades que superan largamente el número de su población, en tanto otros países prácticamente no han tenido posibilidad de acceder a esos insumos, que requieren por otra parte erogaciones millonarias en divisas.

Nuestro país no se encuentra en ninguno de esos extremos. El Gobierno Federal, como lo explica el informe adjunto emanado del Ministerio de Salud de la Nación, ha venido realizando ingentes esfuerzos para concretar la adquisición de vacunas en cantidades suficientes. Y si bien no se ha alcanzado una inmunidad general, un importante porcentaje de la población -que incluye a los sectores más expuestos a riesgo por razones de edad, de enfermedades previas, o por la índole de sus actividades- ya ha recibido al menos una dosis de alguna de las distintas vacunas adquiridas por el Estado Nacional. Al 20 de abril, del año en curso, un total de 5.528.078 personas había recibido ya la primera dosis de alguna de las vacunas disponibles en el país.

La afirmación de que recién hace unos días se autorizó a las jurisdicciones locales (Provincias y CABA) a gestionar la compra de vacunas encierra una falacia que sólo puede atribuirse a la mala fe desde la cual argumenta la actora.

La Ley N° 27.573, sancionada el 29 de octubre de 2020 y publicada el 6 de noviembre del mismo año, contempla la posibilidad de que tanto las Provincias como la CABA

concreten la adquisición de vacunas, gozando de las correspondientes exenciones tributarias (véase en especial arts. 6° y 7° de la ley).

Cabe la pregunta, retórica al fin ya que esta representación se abstendrá de ensayar respuesta alguna, por ser ello innecesario: ¿Qué esfuerzos hizo la demandante para concertar operaciones de compra de vacunas, como para sentirse legitimada a fin de formularle al Gobierno Federal una interpelación como la que ensaya en la demanda, en lo referido al plan de adquisición de vacunas?. ¿Cuántas vacunas contra el COVID-19 adquirió la actora, estando habilitada, en el lapso de casi seis meses de vigencia de la ley?.

En síntesis, las afirmaciones de la actora a las que nos referimos en este capítulo resultan malintencionadas, o bien mendaces; en cualquier caso, impropias de la altura en el debate que cabe esperar de la representación de una de las jurisdicciones más importantes de la Nación en términos institucionales.

No resulta difícil suponer que, en un año de renovación parcial de las Cámaras del Poder Legislativo, planteos tales como el que se traduce en una crítica al programa del Gobierno Federal relativo a la compra de vacunas, persiguen una finalidad meramente electoralista. Como la han tenido quienes trataron de poner en duda la existencia misma de la pandemia, luego la utilidad de vacunas a las que llegaron a calificar como veneno, o posteriormente el sentido tuitivo de la vida y de la salud que tuvieron las medidas de aislamiento y distanciamiento social (ASPO - DISPO).

Así contextualizada, la pretensión de la actora tiene claros sesgos de judicialización de decisiones políticas que deberían ser debatidas precisamente en el ámbito político,

mediante la formulación de propuestas superadoras que en el caso están claramente ausentes.

5.17. La incumplida obligación de la CABA de compatibilizar la salud pública con la educación en forma presencial o virtual.

Sin perjuicio de que, como quedó fundadamente expuesto en el presente escrito, la decisión adoptada por el Gobierno Federal a través del art. 2º del DNU N° 241/2021 atañe a sus competencias constitucionales, las que en modo alguno pueden ser objeto de debate en jurisdicción de los Tribunales de la CABA, no deja de resultar de interés mencionar que recientemente, en la causa "LEGUIZA, ANDREA SOLEDAD Y OTROS C. GCBA S. AMPARO - EDUCACION - OTROS", en trámite ante el Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA N° 13, un grupo de padres y madres de alumnas/os que asisten a las escuelas (públicas y privadas) de la Ciudad iniciaron una acción de amparo colectivo contra la autoridad local.

Dicha acción tuvo por finalidad que, entre otras cosas, se ordene a la demandada dictar un nuevo protocolo que permita a los padres, madres y/o representantes legales de los alumnos elegir el modo de educación (presencial o a distancia) hasta tanto se declare el fin del DISPO (distanciamiento social), o hasta que exista certeza sobre el control de la pandemia.

Solicitaron asimismo se ordene a la accionada, y hasta tanto se decrete el fin del DISPO en el ámbito de la Ciudad, garantizar un real y efectivo acondicionamiento de los espacios edilicios de los establecimientos educativos, así

como también la correcta provisión de insumos de higiene, y la implementación de un idóneo sistema de transporte.

Lo que es más grave, destacaron que se observan aglomeraciones en los ingresos y egresos de las escuelas, sin el menor cumplimiento del distanciamiento social; enfatizaron en la problemática que acarrea la ida y vuelta de los establecimientos educativos y que no hay medidas que contengan u ordenen la situación ni coadyuven a mejorarla.

Agregaron que al día de hoy no se encuentran garantizadas -ni mucho menos han comenzado- las clases virtuales y a distancia.

A su turno, la Asesoría Tutelar actuante, sostuvo que de la información presentada por la CABA no surgía un plan de adecuación flexible y continuo del protocolo vigente conforme la evaluación de los casos registrados por COVID-19; ni que se garantizase la escolaridad remota para quienes se encontraban exceptuados de la presencialidad, ni para quienes debían acceder a esta modalidad por cuestiones temporarias (COVID positivo en una "burbuja", suspensión de clases presenciales, etc.). Por otro lado, resaltó que no surgía un plan concreto de movilidad y transporte cuidado a los establecimientos educativos.

Asimismo, destacó el incremento de casos que se vio reflejado en las últimas semanas, en particular en la población escolar.

Puso de relieve que la Sala IV del Fuero Contencioso, Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA, en la causa "FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS EN POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE INCIDENTE DE QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA - QUEJA POR APELACION DENEGADA" (INC 108441/2021-1) dictó la medida cautelar suspendiendo los efectos del DNU N° 241/21 "sin hacer referencia alguna a un dato epidemiológico oficial y

sin despachar ni ponderar la presentación efectuada en el expediente "Palacios" por la máxima autoridad en materia de salud".

En este sentido solicitó se dicte una medida cautelar por la cual se ordene al GCBA: 1) admitir la **excepción de asistencia presencial** y por ello, abstenerse de computar las faltas y/o quita de vacantes, respecto del alumnado cuyos padres y/o madres, en atención al contenido del DNU N° 241/2021 dictado por el PEN, resolvieran la no concurrencia de sus hijos y/o hijas a los establecimientos educativos; y 2) **garantizar la escolaridad virtual**.

Luego emitió dictamen el Fiscal actuante, y **sostuvo que en las últimas semanas se agravó la evolución epidemiológica en CABA**. Entendió que el temperamento establecido por la autoridad nacional acordaría suficiente sustento al pedido realizado por los accionantes, y estimó que *"mientras se mantenga la medida dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional y sus eventuales prórrogas, podría permitirse a los alumnos que se los exima de la obligación de asistir a las aulas, sin ninguna consecuencia que los pueda perjudicar ..."* y **propició, en tal sentido, que se ordene al GCBA -para aquellas familias que así lo soliciten- garantizar la modalidad virtual**.

Interesa destacar que el Fiscal interviniente también consideró que *"... ante el marco normativo y epidemiológico actual, y mientras subsista la situación descripta, podría dispensarse a las familias que lo consideren necesario de la obligación de concurrir a las aulas, sin que ello se traduzca en ninguna mengua de su derecho constitucional a la educación"*.

Esto último, se halla en consonancia con la argumentación desarrollada por esta parte, en el sentido que

la suspensión de la presencialidad no afecta el derecho a la educación, en tanto esté contemplada la modalidad virtual.

Finalmente, el juez interviniente resolvió hacer lugar parcialmente a la medida cautelar y ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: a) se abstenga de computar las faltas y/o quita de vacantes respecto de aquellos/as alumnos/as cuyos padres y madres resolvieran la no concurrencia de sus hijos/as a los establecimientos educativos; y b) adopte las medidas necesarias a fin de garantizar la escolaridad virtual del colectivo involucrado en autos. Todo ello hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelva la cuestión planteada.

En razón de la cuestión ventilada en tales actuaciones se colige:

- Que hay un colectivo de ciudadanos a quienes les preocupa la problemática sanitaria, las condiciones edilicias de los establecimientos educativos de la CABA, la falta de provisión de insumos de higiene y que por tales motivos requieren la dispensa de la obligación de concurrir, sin que sus hijos/as pierdan la regularidad y la vacante.

- Que existen aglomeraciones en los ingresos y egresos de las escuelas, sin el menor cumplimiento del distanciamiento social y la falta de medidas al respecto.

- Que el Gobierno local no ha desarrollado un plan destinado a contemplar el transporte seguro, en términos epidemiológicos, del alumnado de los establecimientos de la CABA.

- Finalmente, la CABA no garantiza las clases virtuales y a la distancia.

Este conjunto de irregularidades en materia sanitaria, evidencian el riesgo cierto del aumento en la circulación del

virus que, precisamente, se procura mitigar a través de las distintas medidas implementadas por el DNU N° 241/2021.

5.18. Inexistencia de violación de la autonomía de la CABA - respeto del federalismo

En virtud de la reforma constitucional del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus que quedó plasmado en el artículo 129 del texto de la Constitución, en cuanto establece que aquella "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.

Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones".

Hemos señalado ya, que los constituyentes de 1994 no erigieron a la CABA en una Provincia más de la Nación Argentina, pues -como lo ha dicho una calificada expresión doctrinaria- "Considerar a la Ciudad de Buenos Aires -más allá del rótulo de 'ciudad'- como una 'provincia', a tenor de las similitudes jurídicas atribuibles a ambos entes (vgr. los ... arts. 54 y 75 incs. 2° y 31), supondría desconocer el origen histórico y jurídico de las provincias en el sistema constitucional argentino. Se es provincia por preexistencia histórica al Estado nacional (el Preámbulo alude a ellas y el viejo artículo 36, ahora 45, las individualiza) o por creación institucional (provincialización) conforme al

mecanismo previsto por el artículo 75, incisos 15 y 13, que supone la inexorable intervención del Congreso de la Nación. En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires: - Fue preexistente a la Constitución Nacional sin ser una provincia, en la medida en que estaba integrada -juntamente con otras ciudades- a la Provincia de Buenos Aires ... La única posibilidad de provincialización de la actual ciudad en el futuro (porque queda claro que ahora no es una provincia) sólo podría concretarse con el estricto seguimiento del criterio participativo previsto en el artículo 13 de la Constitución Nacional ... No obstante, no puede dejar de advertirse que el Estatuto Organizativo de Buenos Aires no contiene la posibilidad de la provincialización futura de la ciudad, razón por la cual el cambio de status en esa dirección resulta hoy una alternativa inverosímil". Y en esa línea de razonamiento se ha dicho que: "A partir de la reforma de 1994 la ciudad de Buenos Aires reviste el status de ciudad constitucional federada. Se trata de una posición jurídica no asimilable con la de los municipios de provincia ni con la de las provincias, más allá de que comparta algunas de sus características"¹⁹.

Aclarado ello, se destaca que el dictado del DNU N° 241/2021 no apareja vulneración alguna de la autonomía que el artículo 129 de la Constitución Nacional le confirió al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Ello en tanto, como se expuso anteriormente, la medida dictada responde al ejercicio del poder de policía que en materia sanitaria tiene el Estado Nacional en el ámbito

¹⁹ Rosatti, op. cit., T. II, pág. 639 y sigtes. Asimismo, "Status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires", La Ley 2000-E, 165, Cita Online: AR/DOC/5631/2001.

federal, en función de su rol de garante del bien común de la Nación.

Ello no es incompatible con el ejercicio del poder de policía que compete a las autoridades de la CABA en aspectos atinentes a la esfera del derecho público estrictamente local.

Sin embargo, lo que está claro es que el Gobierno local no puede, mediante su actuación u omisión, poner en crisis las medidas adoptadas por el Gobierno Federal para prevenir el riesgo a la salud y la vida de la población del país en su conjunto; y, en este caso en particular, de los habitantes del AMBA.

De esta manera, cuando existen razones de interés federal, es indudable que el ejercicio del poder de policía de salubridad por parte del Gobierno Nacional se encuentra plenamente justificado en el marco de la Constitución Nacional.

A riesgo de ser reiterativos, debemos señalar una vez más que la pandemia configura una problemática sanitaria que atraviesa al país; y que la situación sanitaria local de la actora, por su especial localización geográfica, afecta inevitablemente a la Provincia de Buenos Aires -y viceversa-. A lo que se agrega que, como en la "primera ola" de la pandemia, el área del AMBA resulta ser la zona geográfica crítica donde crecen exponencialmente los casos de contagios, dada su densidad poblacional.

Tales circunstancias demuestran que no ha existido ningún socavamiento de las competencias de la Ciudad Autónoma, como falsamente lo alega la actora.

Como parte final de este capítulo, cabe hacer una breve mención a las afirmaciones vertidas por la actora en las páginas 46 y siguientes de su escrito.

Ensayó allí una suerte de queja relacionada con aspectos que exceden ostensiblemente el marco de la presente contienda, cuyos alcances fueron planteados por la propia actora. Alude allí al traspaso de funciones jurisdiccionales, e incluso se refiere al funcionamiento de "un registro" que ni siquiera individualiza, que deberían ser objeto de transferencia a la CABA.

Este proceso no es el ámbito para ese debate, que exorbita el objeto de la litis; tales asuntos nada tienen que ver con el ejercicio de poder de policía sanitario en la esfera federal.

5.19. Inexistencia de intervención federal

La actora afirma de forma absolutamente infundada que la medida dispuesta por el art. 2º, del Decreto Nº 241/2021 implica una "intervención federal" a la CABA.

Sus alegaciones dejan entrever, un desconocimiento de ese instituto previsto en nuestra Carta Magna como recurso extremo; o, en su defecto, una argumentación efectista carente de sustento, que como tal no impresionará a V.E.

Esta herramienta del gobierno federal se encuentra contemplada en los arts. 6, 75 inc. 31 y 99 inc. 20, de la Constitución Nacional, y sólo procede cuando "*ciertos dislocamientos o peligros que perturban o amenazan la integración armónica de las provincias en la federación, dan lugar a la intervención federal con miras a conservar, defender o restaurar dicha integración*"²⁰.

Ahora bien, la posibilidad de intervención por parte del Gobierno Federal -sin requerimiento de las autoridades

²⁰ Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada" Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2013, pág. 460.

locales- sólo podría verificarse ante la necesidad de: a) garantizar la forma republicana de gobierno; o b) repeler invasiones extranjeras.

En relación con los efectos que aparejaría una medida de esa índole, se ha dicho que la intervención implica "a)... *deponer a las autoridades locales, en sus tres poderes o en algunos ... con reemplazo de las autoridades por el comisionado federal*"²¹.

En el caso, el Decreto N° 241/2021 no encuadra en el instituto de la intervención federal, ni produce efectos siquiera lejanamente asimilables a los que son propios de esa figura.

La norma cuestionada por la CABA no tiene ese alcance. Como se ha expresado a lo largo del presente, ella traduce un ejercicio razonable del poder de policía en materia sanitaria en la esfera federal.

No implica desplazamiento de las autoridades locales, cuyas atribuciones (con el estricto alcance que les confieren el artículo 129 de la Constitución Nacional y su propio Estatuto organizativo) en modo alguno se han visto menoscabadas, pues el alcance nacional de la problemática inherente al COVID-19 suscita la competencia federal sobre la materia.

5.20. La actitud del Gobierno de la CABA en el marco de esta situación de conflicto.

Resulta evidente que el Gobierno de la CABA se autopercibe como aislado del contexto; entiende la autonomía que le confiere el artículo 129 de la C.N. en términos tan

²¹ Bidart Campos, op. cit., págs. 461 y sigtes.

exacerbados, que no repara en que sus acciones y omisiones pueden producir efectos que no se circunscriben necesariamente al ámbito territorial de la Ciudad.

Parece no tener en cuenta la interdependencia que, de manera muy especial, se verifica en las actividades que se desarrollan en su esfera y en los 35 partidos de la Provincia de Buenos Aires que conforman el AMBA. En lo que atañe a los riesgos que apareja la pandemia, incluso, esa interrelación se proyecta aún más allá del AMBA; basta con observar el modo en el que el virus se propagó en muy poco tiempo, a comienzos del año 2020, a nivel planetario.

Además, aparte de un desconocimiento de las atribuciones del Gobierno Nacional en esta esfera, la actitud del Gobierno de la CABA implica un evidente alzamiento contra la primacía de las normas que configuran el orden jurídico federal, cuestión a la que ya nos hemos referido en esta presentación (conf. art. 31 y ccdtes. de la Constitución Nacional).

Y a la vez la conducta de las autoridades de la jurisdicción local en el contexto de esta situación ha importado un desafío a la autoridad de la justicia federal, de la que V.E. es el máximo Tribunal.

La afirmación que antecede encuentra su antecedente en incidencias judiciales de reciente data, que son de público y generalizado conocimiento y que no escapan al conocimiento del Alto Tribunal en tanto las actuaciones han llegado ya a su sede.

Una sala (la IV) de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la CABA se arrogó recientemente la potestad de juzgar la validez constitucional de estas medidas del Gobierno Federal; y llegó incluso a suspender cautelarmente sus efectos, con manifiesta incompetencia pues el juzgamiento

del caso era propio de los Tribunales Federales, en razón de la materia y de la persona (Estado Nacional) involucradas. Lo hizo, además, en flagrante violación al derecho de defensa del Estado Nacional, al que no se le brindó la oportunidad de ser oído antes del decisorio; ello, por otra parte, en el marco de un escandaloso caso de *forum shopping* (decisorio del 18 de abril del año en curso, en autos "Centro de Estudios en Políticas Públicas sobre incidente de queja por apelación denegada", INC 108441/2021-1 - Actuación Nro. 616158/2021).

Ese pronunciamiento palmariamente violatorio de la Constitución Nacional fue dejado sin efecto por la Justicia Federal, precisamente por la invasión a la esfera de competencia de esta última en la que había incurrido el tribunal local (decisión del 20 de abril de 2021 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, dictada en autos "Jefatura de Gabinete de Ministros s/Inhibitoria" - Exp. 5150/2021).

Es también público y notorio que las autoridades locales manifestaron que no cumplirán lo resuelto por la Justicia Federal²², cuando horas antes habían expresado que sí cumplirían la decisión de los jueces locales, por respeto a la Justicia de la CABA²³.

Ello, a pesar de que la resolución del Juzgado N° 2 del Fuero Contencioso Administrativo Federal surte plenos efectos y debe ser cumplida por las autoridades de la jurisdicción local.

Sobre esa cuestión, vale señalar que el magistrado de primera instancia del Poder Judicial de la CABA actuante en

²² <https://www.iprofesional.com/actualidad/337553-habra-clases-en-la-ciudad-larreta-no-acatara-fallo-de-justicia>

²³ <https://www.telam.com.ar/notas/202104/551244-larreta-manana-hay-clases-presenciales-en-las-escuelas.html>

la ya citada causa "Leguisa" expuso, en alguna manera, la maniobra de la contraria.

Señaló que el 17/4/21 ingresó un escrito del GCBA por el cual se pidió que se declarara abstracta la cuestión allí debatida, en función de lo resuelto por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la CABA, en el pronunciamiento cautelar que suspendió los efectos del DNU N° 241/2021; y a la vez solicitó que el Juzgado se abstuviera de dictar "resolución alguna" toda vez que la cuestión ya estaba sometida a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los presentes actuados.

Así, el juez destacó que dicha pretensión se trató de una flagrante auto-contradicción, porque si se consideró que una vez abierta la vía ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultaba posible el trámite de ningún otro expediente en el fuero con alguna temática similar, no se comprende por qué el Gobierno de la Ciudad no realizó el mismo planteo en los autos "Ortiz Romero", "Fundación Centro de Estudios en Políticas Públicas" o "Palacios".

En tales expedientes, no sólo no alegó la existencia de la acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un impedimento para su trámite sino que -al menos en uno de ellos, "Ortiz"- incluso se solicitó la habilitación de horario inhábil para que, precisamente, se dictara un pronunciamiento que resolviera la cuestión planteada. En tal ocasión, no se consideró que pudiese haber "riesgo de sentencias contradictorias" ante la existencia de la vía abierta ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo expuesto deja en evidencia la falta de buena fe con que la actora se ha manejado a fin de lograr su pretensión por la vía que fuere, en una clara violación de las normas

constitucionales y procesales, y de los principios que rigen la actuación de las partes en el proceso.

No es difícil colegir que la conducta de la parte actora importa un alzamiento contra el orden jurídico federal, incluso contra la autoridad de la Justicia Federal.

Estas circunstancias no pasarán inadvertidas a V.E., y justifican un firme pronunciamiento del Alto Tribunal, que no se limite a confirmar la validez constitucional del DNU N° 241/2021; está en juego la autoridad de la Justicia Federal que, como cabeza de uno de los Poderes del Gobierno Federal, debe preservar esa Excma. Corte Suprema, por lo que cabe esperar un decisorio que claramente evidencie el desatino jurídico-institucional en el que ha incurrido la CABA.

5.21. Corolario

Cabe resumir lo hasta aquí expuesto en los siguientes puntos:

1. El DNU N° 241/2021 es una norma de rango legal, dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las facultades reconocidas por el Constituyente en el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional.

2. El DNU citado goza de presunción de constitucionalidad, al ser un acto emanado de autoridad pública.

3. El DNU reúne todos los requisitos constitucionales para su dictado: no trata ninguna de las materias prohibidas expresamente por el constituyente; se dictó en acuerdo de ministros, fue suscripto por todos ellos y su dictado fue inmediatamente comunicado al Congreso, en su calidad de órgano de control, conforme lo ordenan la Constitución Nacional y la Ley N° 26.122.

4. Al momento de su dictado existía una situación de emergencia que ameritaba el dictado de una medida urgente, proporcional y razonable, a fin de atender el aumento en la curva de contagios del virus SARS-CoV-2 (COVID-19).

5. Existía una situación de palmaria necesidad y urgencia, por cuanto la medida debía tomarse de forma inmediata, incompatible con los tiempos normales del trámite de las leyes.

6. El Decreto reúne los requisitos materiales de validez: en pos de proteger el derecho a la salud y la vida, restringe en forma limitada y temporaria el derecho a la circulación.

7. Si bien se establece la suspensión de la presencialidad de las clases, no se afecta el ejercicio del derecho a la educación por cuanto se dispuso la modalidad virtual.

8. La medida es temporal y la letra expresa de la norma considera imperante el retorno a las clases presenciales en el corto plazo, cuando se verifique un cuadro de situación de menor riesgo para la vida y la salud de los miembros de la comunidad educativa y de la población en general.

9. Las manifestaciones de los miembros del gabinete nacional no atentan contra la razonabilidad de la norma.

10. Las medidas implementadas resultan un ejercicio razonable del poder de policía sanitario por parte del Gobierno Federal, máxime cuando se encuentra en riesgo la situación sanitaria en un ámbito regional multi-jurisdiccional como es el AMBA.

11. No existe en el caso vulneración alguna a las facultades constitucionales del gobierno de la CABA; y, menos aún, algo semejante a una intervención federal.

12. La norma resulta absolutamente razonable, por cuanto establece medidas temporales y acotadas en el territorio y extensión, para afrontar una situación epidemiológica sin precedentes, a fin de evitar un aumento desmedido de casos que lleve a un colapso sanitario y el consecuente aumento de la morbilidad.

- VI -

FUNCIÓN UNIFORMADORA DE LA CSJN

En relación a la cuestión litigiosa planteada en autos, se señala que se han promovido diversas acciones judiciales, con idéntico o similar objeto, en distintas circunscripciones judiciales, incluyendo este proceso.

A modo de ejemplo se menciona la causa "ORTIZ ROMERO, LUCIA CONCEPCIÓN Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - EDUCACION-OTROS " (Expte N° 108081/2021-0), en trámite ante el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al rechazar la demanda interpuesta, la Jueza interviniente destacó que *"...vale señalar que la adhesión del GCBA y pedido de resolución de la medida cautelar en igual sentido que la requerida por los/las accionantes resulta a todas luces contrario a los actos propios llevados a cabo por la misma Administración, la que -a los efectos de obtener la suspensión y declaración de inconstitucionalidad de la norma- como primera medida acudió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de dirimir la controversia entre los poderes gubernamentales de la Nación y la Ciudad con relación al dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 241/PEN/2021...su solicitud debe ser desestimada en tanto importaría el impulso por su parte de dos causas con el mismo objeto ante distintos*

órganos judiciales -teniendo conocimiento pleno de la existencia del litigio ya iniciado- lo que controvierte el principio de litispendencia”.

No obstante, en el marco de la causa “FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS EN POLÍTICAS PUBLICAS SOBRE INCIDENTE DE QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA - QUEJA POR APELACION DENEGADA” (INC 108441/2021-1), la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, como es de público conocimiento, en una actuación para la cual resultaba manifiestamente incompetente para intervenir, dictó una sentencia interlocutoria suspendiendo los términos del Decreto N° 241/2021; con ello generó una gran confusión en la población.

Frente a ello, el Estado Nacional efectuó un planteo de inhibitoria en la causa “JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS S/ INHIBITORIA” (Causa N° 5150/2021) radicada ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2.

En esta última, el juez interviniente sostuvo que el asunto correspondía a la competencia originaria de la CSJN, no obstante en virtud de la norma federal atacada y las irregularidades del proceso llevado ante la justicia local del GCBA, resolvió dejar sin efecto la resolución cautelar dictada, haciéndole saber al GCBA que deberá abstenerse de aplicar la medida allí ordenada, y dispuso la remisión de los actuados al Máximo Tribunal.

Por su parte, mencionamos la ya citada causa “LEGUISA” en trámite ante el Poder Judicial de la CABA.

También, tramita ante la Justicia Federal de La Plata, la causa “COLEGIO PATRIS (JOSE KENTENICH S.R.L.) c/ ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986” (Expte. FLP 004644/2021) con similar objeto a la presente, entre otras.

Consecuentemente, a fin de evitar el escándalo jurídico y doctrinas jurisprudenciales contrarias por los distintos tipos de interpretaciones judiciales que acontecieron -y seguramente continuarán- se solicita a V.E se unifique la jurisprudencia en la materia, a fin de evitar mayores perjuicios e incertidumbre para la sociedad.

- VII -

IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA.

Por los fundamentos de hecho y de derecho que hasta aquí se expusieron en el presente, y los que seguidamente se explicitarán, solicitamos a V.E. rechace la medida cautelar peticionada por la CABA.

1. LA PRETENSIÓN CAUTELAR

La accionante solicitó como medida cautelar que se ordene la inmediata suspensión de los efectos del art. 2º del DNU N° 241/2021, en tanto dispuso la suspensión de las clases presenciales en la CABA, debiendo ordenarse al Estado Nacional que se abstenga, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implique ejecutar la norma cuestionada.

La inadmisibilidad es evidente, sea que se califique a la medida como suspensiva o innovativa (positiva, en los términos de la Ley N° 26.854, como realmente lo es).

En tal sentido adelantamos que tratándose de una medida innovativa, los requisitos de procedencia son mucho más estrictos.

Bajo cualquier ángulo de análisis la medida es improcedente, sea que para ello se sigan los términos de la

Ley N° 26.854, o que se la examine bajo la doctrina judicial de V.E.²⁴, que en sustancia es seguida por la Ley invocada.

2. LA NATURALEZA DE LA PRETENSION CAUTELAR. SU CARÁCTER INNOVATIVO.

El rechazo de la pretensión cautelar, se impone también por no cumplirse en el caso con los requisitos de procedencia, sea que nos remitamos a la doctrina judicial de V.E., o a la Ley N° 26.854.

El primer aspecto a poner en relieve es que si bien la actora reconoce que la pretensión cautelar solicitada participa de las dos características -suspensiva e innovativa- lo cierto es que es una auténtica pretensión positiva (que la ley citada regula con mayor rigurosidad en su art. 14) o innovativa en palabras de ese Alto Tribunal.

En efecto, adviértase que la tutela requerida no reviste carácter meramente suspensivo, sino positivo o innovativo, ya que además de la suspensión de los efectos del acto de gravamen (negativo), su dictado implicaría una actividad positiva en cabeza de la Administración Nacional, que modificaría la situación de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, afectando además directamente los intereses de la Provincia Buenos Aires - en tanto integra el AMBA- e indirectamente los de toda la Nación; ello, por cuanto los efectos disvaliosos que se produzcan en el AMBA se extenderán a la población en general.

²⁴ No escapa a esta representación estatal que V.E. ha considerado que su jurisdicción originaria se halla fuera del alcance de la Ley N° 26.854 (Fallos: 342:1417 y 342:1591). No obstante ello, toda vez que los principios plasmados en dicha ley se inspiran en criterios jurisprudenciales consolidados, esas pautas conforman el prisma bajo el cual corresponde ponderar la petición cautelar deducida en autos por la CABA.

La jurisprudencia exige diferentes estándares según el tipo de medida de que se trate y en el caso de las innovativas se requiere su acreditación con mayor rigor en relación a otras cautelas por cuanto altera el estado de hecho y de derecho al tiempo de su dictado.

Ya con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.854, ese Alto Tribunal refiriéndose a las medidas innovativas ha remarcado que se trata de una *"decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos: 331:2889 y sus citas, entre otros)"* (Fallos 341:1854. En igual sentido, Fallos 316:183; 341:169, entre otros).

Esta mayor rigurosidad en la apreciación de los recaudos de procedencia, también es adoptada en la lógica sistémica de la Ley N° 26.854, la que en su artículo 14 recoge la doctrina de V.E., condicionando el dictado de medidas positivas (innovativas) a la verificación y acreditación de requisitos agravados.

En concreto, el dictado de medidas de esta naturaleza exige corroborar que, de no accederse a su dictado, se producirá un daño de imposible reparación ulterior.

Así surge de la inveterada doctrina de esa Excma. CSJN, al explicar que *"Es de la esencia de las medidas cautelares innovativas de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado"*

y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (Fallos: 341:1854, el destacado no es del original).

Pero además, cuando se pretende obtener dicha medida respecto de un acto dictado por una autoridad competente, surge otro escollo para su admisión, y es la presunción de legitimidad de los actos estatales, por cuyo imperio se exige que la ilegalidad que se denuncia y en base a la cual se pretende el dictado de la medida, sea ostensible y evidente.

V.E. ha dicho en tal sentido que *"Teniendo en cuenta la presunción de legitimidad de los actos impugnados y, por el otro, el hecho indiscutible de que, en razón de la coincidencia sustancial del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva, corresponde concluir en su improcedencia, dado que su admisión excedería ciertamente el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad, máxime si no se advierte que el mantenimiento de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible"* (Fallos 342:645).

Nada de esto surge comprobado, ni siquiera en grado de apariencia, en la acción iniciada por el GCBA.

En razón de lo ampliamente desarrollado en esta presentación, en particular al explicitar las razones que avalan la constitucionalidad del DNU impugnado y la razonabilidad de la norma, surge prístino que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. No bastando para su comprobación las superficiales conjeturas realizadas en el escrito de demanda.

Es que el Decreto N° 241/21 fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, en plena conformidad con el régimen

constitucional y legal aplicable, con sujeción a las atribuciones establecidas en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional y en virtud del ejercicio de poder de policía federal conforme se desarrolló anteriormente.

La norma en cuestión no presenta vicio ostensible, notorio y grave, que permita concluir en su arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, requisitos necesarios para la admisibilidad de la medida cautelar peticionada en ese marco.

Ya se dijo que la norma no afecta la autonomía de la CABA. Se destacó que, ante una situación de emergencia sanitaria en la que se encuentra en riesgo la vida y la salud de la población de la Nación y puesto que esta epidemia es un problema sanitario que no concierne sólo al territorio de la CABA sino a la Nación, surge la inmediata obligación del Estado Nacional de adoptar las medidas necesarias para proteger tales derechos. Ello, en función del ejercicio del poder de policía federal, cuyo alcance ya fue desarrollado en el capítulo pertinente y al que nos remitimos en honor a la brevedad.

Así como no hay una verdadera crítica, concreta y circunstanciada de la norma citada, tampoco existe acto u omisión adicional por parte de la Administración Nacional que permita tener por configurado un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Claramente, no están comprobados los requisitos para acceder al dictado de una medida excepcional como lo es una cautelar innovativa o positiva.

Más aún, aunque se considerara que la medida reclamada por la actora fuera la simple suspensión de efectos de un acto, tampoco sería viable, porque no se comprueba en modo alguno ilegalidad en el accionar del Estado Nacional, ni un peligro en la demora que requiera una tutela urgente. Por el

contrario el peligro se configuraría para la población del AMBA si se concediera la pretensión cautelar.

3.- LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA COINCIDE CON EL OBJETO DE LA DEMANDA

El GCBA solicita que V.E. ordene al Estado Nacional la inmediata suspensión de los efectos -ejecutoriedad- de la norma impugnada, debiendo abstenerse hasta el dictado de la sentencia definitiva de llevar a cabo cualquier conducta que implique poner en ejecución el decreto cuestionado.

No hay dudas de que el resultado práctico del pedido cautelar de la actora conlleva el anticipo de una eventual sentencia sobre el fondo, por cuanto el objeto de la acción declarativa de certeza es coincidente con la precautoria solicitada.

Ello es así dado que el objeto de la medida cautelar supondría: a) examinar la cuestión de fondo y pronunciarse sobre ella y b) su concesión produciría, en los hechos, los mismos efectos e idéntico resultado que una hipotética sentencia que hiciera lugar a la acción.

V.E. sostuvo reiteradamente que si la realización de la medida cautelar conlleva la concesión del objeto mismo de la acción porque se compromete la propia materia debatida en la causa, se afecta precisamente el objeto del pleito, con menoscabo de garantías como la defensa e igualdad entre las partes.

Señaló que *"...corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido"* (Fallos 316:1833).

Ratificó ese criterio al aclarar que "...ponderando el hecho indiscutible de que, en razón de la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva, corresponde concluir en su improcedencia..." (Fallos 327:2490).

De lo expuesto surge que V.E. elaboró una pacífica doctrina que sostiene -como regla- que debe negarse la concesión de una medida cautelar cuando ésta coincide con aquello que será materia del pronunciamiento definitivo porque supondría un inaceptable adelanto de jurisdicción.

En este caso, la concesión de la medida cautelar no tendría por efecto preservar la posibilidad de cumplimiento de un fallo futuro. Importaría, en los hechos, una ejecución anticipada de una hipotética sentencia definitiva que hiciera lugar a pretensión de la actora.

Tal circunstancia impone el rechazo de la medida cautelar solicitada.

4. NO CONCURREN LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Todo justiciable que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora.

En el caso, la actora no acreditó debidamente el cumplimiento de esos presupuestos.

Tampoco se cumplen los requisitos que la jurisprudencia de V.E. y la Ley N° 26.854 establecen para la procedencia de cautelares contra un acto estatal (cf. ley citada, arts. 13 y 14) y, en particular, para las medidas de carácter innovativo, como la que se pide en autos.

En efecto, se comprueba fácilmente que no concurren en el caso los extremos necesarios para el otorgamiento de la cautela requerida.

4.1. Ausencia de perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

El GCABA nada especifica ni demuestra en torno a la existencia de perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

No acreditó un peligro irreparable en la demora. Su presentación refleja sólo un dogmático intento de justificar la existencia en autos del requisito exigido.

Alega que "la violación a la autonomía de la Ciudad, demuestra sin margen de dudas la urgencia en el pedido cautelar... produce daños sobre las potestades de mi representada que se proyectan sobre la comunidad".

Se advierte así que para justificar este recaudo, parte desde una falsa premisa, toda vez que el Estado Nacional no violó la autonomía de su jurisdicción, antes bien ejerció el poder de policía que la Constitución Nacional le confiere, y en el marco de una delicada situación de emergencia sanitaria que involucra a toda la población de la Nación.

En consecuencia, en la lógica de su planteo, no existiendo violación a la autonomía de la CABA, no existe peligro en la demora.

Por otra parte, sostiene que de no concederse la pretensión cautelar, la eventual sentencia que se dicte carecerá de todo sentido práctico por haberse producido el daño que se intenta conjurar. Para ello hace hincapié en que el P.E.N. suspendió las clases presenciales a partir del 19/4/2021 y que ello violaría -además de la autonomía de a CABA- el derecho de la educación.

En este punto cabe aclarar dos cuestiones. En primer lugar, la medida cuestionada no cercenó el derecho a la educación. Se adoptó una medida alternativa que pueda compatibilizar los derechos que se hallan comprometidos: derecho a la vida, a la salud y a la educación.

Se explicó que la suspensión de la presencialidad de las clases fue absolutamente necesario para reducir el tránsito de las personas y con ello la circulación del virus, toda vez que en las últimas semanas el crecimiento de casos fue exponencial, generando un riesgo de saturación del sistema sanitario.

La actividad educativa proseguirá por vía virtual, lo que corrobora que no hay cercenamiento del derecho a la educación.

Y, al contrario de lo que sostiene la accionante, de concederse la medida cautelar se mantendría un elevado nivel de circulación de personas en el AMBA -por la presencia de quienes están vinculados a la actividad educativa-. Si ello acrecentara el riesgo de contagios, paradójicamente se producirían perjuicios de imposible reparación ulterior para las personas que se contagiasen.

Es decir que el argumento basado en la posible configuración de perjuicios irreparables, juega en contra de la medida cautelar, más que a favor de su otorgamiento.

Además cabe destacar que, de todos modos, actuando ilegítimamente, el GCABA no está cumpliendo con el DNU N° 241/21 y sostiene en los hechos la modalidad presencial de las escuelas.

Con lo cual, podrá advertir V.E que no existe ningún tipo de peligro en la demora para la CABA.

Ninguna de las alegaciones de la actora demuestra la afectación de un derecho, que permita acceder a la medida peticionada.

4.2. Falta de verosimilitud del derecho invocado.

Las medidas cautelares presuponen la apariencia de un "buen derecho" por quienes las requieran, requisito que se integra, en casos como este, con un doble requisito de ponderación: verosimilitud del derecho y de la invalidez de la normativa atacada.

Es doctrina de ese Excmo. Tribunal que medidas cautelares como las requeridas no proceden con relación a medidas gubernamentales que gozan de la presunción de legitimidad que es predicable respecto de los actos estatales en general, salvo en forma excepcional cuando se los impugna sobre bases verosímiles y está suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho.

Se ha dicho que en esos casos, a la verosimilitud se la asocia con la existencia de vicios notorios o arbitrariedades o ilegalidades manifiestas, o de una violación legal ostensible (Fallos 307:2267; 314:210, entre otros)²⁵.

Ello no ocurre el caso.

La actora se limita a realizar afirmaciones inconsistentes y equivocadas sobre la aplicación del Decreto impugnado, todo lo cual quedó suficientemente expuesto y rebatido en los capítulos precedentes, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

4.3. Falta de demostración de ausencia de afectación del interés público.

²⁵ Comadira, Julio R., "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", T. I, p. 248.

La actora se refiere muy escuetamente a este recaudo; no ofrece argumentos, tal vez porque, como es manifiesto, sabe que en verdad una eventual suspensión de la norma federal afectará inevitablemente al interés público.

Pero lo cierto es que no acredita que su dictado no afectará el interés público comprometido, requisito ineludible previsto en la doctrina judicial de ese Máximo Tribunal, y que fue recogido por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 26.854.

Como decíamos, es doctrina de V.E. la necesidad de utilizar la máxima prudencia en el otorgamiento de medidas cautelares como las solicitadas en autos, por la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y la consideración del interés público en juego.

Respecto a esto último ha sostenido en forma reiterada que a los requisitos ordinariamente exigibles debe agregarse la debida consideración del interés público comprometido (Fallos 314:1202; 307:2267; 207:216; 210:48).

Ello, en los siguientes términos: "... a los efectos de apreciar el *fumus bonis iuris* exigido por el art. 230, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación... Esta Corte ha establecido que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas... obliga en procesos precautorios que, como el presente, son de un limitado conocimiento, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y a una actuación con suma prudencia... que... evite que medidas de esta índole comprometan la actuación de los poderes públicos... De allí, pues, que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar... debe agregarse (ello en tanto esté de por medio un acto estatal que goce de presunción de legitimidad)... la acreditación del peligro irreparable en la demora y,

además, la ineludible consideración del interés público..."
(Fallos, 314:1202; v. asimismo Fallos 310:1928).

La Ley N° 26.854 consagró normativamente este requisito, de manera que incluso si siguiéramos los lineamientos de dicha ley, igualmente se impone el rechazo de la petición cautelar.

La norma que la parte actora cuestiona en autos contiene un fuerte, claro y evidente interés público expresado en sus considerandos, como ya fue expuesto.

Conforme a lo ya expuesto, es claro que el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, si por hipótesis se suspendiera la aplicación del Decreto impugnado, conllevaría una clara afectación del interés público comprometido en su dictado, el que concretamente se cristaliza en la defensa de la Salud Pública.

4.4. La medida cautelar solicitada tendría efectos jurídicos y materiales irreversibles.

Finalmente, medidas cautelares como la pedida por la actora tampoco deben concederse en tanto, como prevé la doctrina de ese Alto Tribunal (y fue recogido también por la Ley N° 26.854), su otorgamiento produciría efectos jurídicos y materiales irreversibles.

No queremos pecar de repetitivos pero, en el caso, a esta altura podrá advertirse sin más análisis, que la suspensión del DNU N° 241/20 implicará mayor circulación de personas y por ende del virus, lo que derivará en una mayor saturación del sistema de salud; y, como consecuencia fatal, la pérdida de vidas. Sin lugar a dudas, de concederse la medida, los efectos disvaliosos serán claramente irreversibles.

SOLICITA SE CITE COMO TERCERO A LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES.
LA PERTINENCIA DE OIRLA PREVIAMENTE A LA RESOLUCIÓN

Hemos dicho ya que el GCABA se autopercibe autónomo en términos tales que no advierte que sus actos y omisiones proyectan efectos y consecuencias más allá de los límites territoriales de la Ciudad. En particular, a la esfera del AMBA, que por tal motivo quedó alcanzada por la previsiones del artículo 2° del DNU N° 241/2021 en lo atinente a la restricción de la presencialidad en la educación.

En función de esto último, se solicita a V.E. que disponga la citación de la Provincia de Buenos Aires en calidad de tercero de intervención obligada en estas actuaciones, en función de lo previsto en el artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que la controversia planteada por la CABA resulta común al Estado Nacional y a la Provincia.

Sin perjuicio de las defensas opuestas en el presente por el Estado Nacional, debemos poner de relieve, desde ya, que el cuestionamiento del DNU N° 241/21 con base constitucional impone brindar a la Provincia de Buenos Aires la posibilidad de ser oída en el presente juicio.

En efecto, la actora persigue que se deje sin efecto, en particular, la parte final del artículo 2° del DNU impugnado, que dispone para el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.

Por su parte, el artículo 3° del Decreto N° 125/21 define al AMBA como "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*".

Ahora bien, en virtud de lo que surge del Informe que acompañan a esta presentación, resulta indudable el aumento exponencial de casos en el AMBA, lo que hizo necesario incrementar las medidas ya adoptadas, en forma temporaria e intensiva, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos de circulación del virus.

Aquí cabe reiterar que el fundamento principal por el cual se suspendió la presencialidad de las clases por 14 días, no fue únicamente la posibilidad de contagios que podrían haberse producido dentro de las escuelas. Sino el hecho de que la asistencia a dichos establecimientos genera una gran movilidad de personas.

En el AMBA, hay más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumados a los acompañantes, que se movilizan diariamente.

En dicho contexto surge evidente que, si para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se dejara sin efecto la medida dispuesta por el DNU N° 241/21, ello impactaría

necesariamente en la región geográfica de la Provincia de Buenos Aires próxima a aquélla, que forma parte del aglomerado urbano que conforma el AMBA. Ello, pues de ese modo aumentaría la circulación de personas entre las jurisdicciones involucradas y, por lo tanto, se incrementaría la velocidad en el crecimiento de los contagios, poniendo en riesgo así la salud de la población y el sistema sanitario no sólo de la CABA, sino también de la Provincia, en tanto resulta parte integrante del ese aglomerado urbano.

Es decir, que cualquier decisión que eventualmente adopte V.E. que afecte los alcances del DNU N° 241/20, tendrá efectos ineludiblemente, de una u otra forma, sobre la esfera de la Provincia de Buenos Aires.

De allí que resulta pertinente la citación como tercero de la referida Provincia, conforme al criterio sentado por V.E. en distintos precedentes (Fallos 325:2848; 329:2916; 329:6038; 331:2878).

Por ello, en salvaguarda de la garantía del debido proceso adjetivo y del ejercicio del derecho de defensa respecto de la Provincia (conf. artículos 18, 121 y concordantes de la Constitución Nacional), corresponde que V.E. la oiga, necesariamente, en el marco de este proceso.

- IX -

DESCONOCE DOCUMENTAL

Por el presente se desconoce toda la prueba documental acompañada por la actora, por no constarnos su autenticidad ni su contenido.

En particular, se desconoce:

1. Informe: "A dos meses del inicio del ciclo lectivo 2021 en la Ciudad. Balances y Desafíos".

2. Informe: "Es hora de volver a aprender".
3. "Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia COVID-19 en las familias con niñas, niños y adolescentes".
4. Informe: "Hablemos de política educativa en América Latina y el Caribe. Educación más allá del COVID-19".
5. Informe: "Impacto psicológico del COVID-19 en adolescentes y jóvenes argentinos".
6. Informe: "Adolescentes y COVID-19. Pandemia, su impacto en la salud mental de los y las adolescentes y la necesidad de acción".
7. Informe: "Se requieren medidas urgentes y eficaces para mitigar los impactos de la COVID-19 en la educación en todo el mundo".
8. Informe: "La presencialidad en pandemia - Actualización al 12 de abril de 2021".
9. Informe: "Educación en persona y transmisión de Covid19".
10. Informe: "Reabrir las escuelas en América Latina y el Caribe. Claves, desafíos y dilemas para clarificar el retorno seguro a las clases presenciales".
11. Informe: "Posición frente al regreso de clases presenciales en el marco del COVID-19".
12. Informe: "Primera infancia: Impacto emocional en la pandemia".
13. "Garantizar una escolarización segura durante COVID-19". (4to encuentro del Grupo Técnico Asesor, celebrado el 9 de marzo de 2021).
14. Sociedad Argentina de Pediatría. Documento conjunto de posicionamiento para la vuelta a las escuelas

15. Declaración de la Academia Nacional de Educación sobre la Continuidad de la actividad presencial durante el ciclo lectivo.

16. Informe Preliminar Encuesta a Hogares Continuidad pedagógica en el marco del aislamiento por COVID-19. Julio 2020.

17. #ALasAulas solicita revisar la decisión de suspender las clases presenciales en el AMBA.

18. Sociedad Argentina de Pediatría - UNICEF. Comunicado cierre de escuelas.

19. Informe: "Lecciones aprendidas por el Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires frente a la pandemia del covid-19 y sus implicancias para el sistema educativo".

20. IF-2021-11618921-GCABA-DGCLEI, del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

21. IF-2021-11618412-GCABA-CDNNYA, del Consejo de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

22. IF-2021-11620367-GCABA-SSPSGER, del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- X -

ACOMPañAN PRUEBA

Se acompañan a esta presentación, como prueba documental:

1. Resolución JGM N° 311/2020
2. Informe del Ministerio de Salud de la Nación N° IF-2021-32908418-APN-DNEEIE#MS (15-04-2021)
3. Mensaje N° MENSJ-2021-18-APN-JGM (16-04-2021)

4. Informe del Ministerio de Salud de la Nación, que acompaña la NO-2021-35664094-APN-MS, refrendada por la señora Ministra del área.

5. Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente - Ley N° 26.122, emitido el 23 de abril de 2021 en el Expte. N° 802/2021.


- XI -


PETITORIO


Por todo lo expuesto solicitamos a esa Excma. Corte:

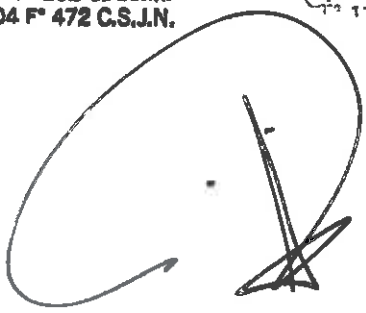
1. Nos tenga por presentados, por parte en las presentes actuaciones y por constituidos los domicilios real y electrónicos denunciados.
2. Tenga por contestado el traslado que ordenara V.E. respecto de la demanda que tramita en estos autos.
3. Tenga presente el pedido de citación de la Provincia de Buenos Aires como tercero de intervención obligada.
4. Rechace tanto el pedido de medida cautelar presentado por la actora, como la demanda interpuesta.

Proveer de conformidad
SERÁ JUSTICIA


SANTIAGO JUAN MANUEL HERRERA
ABOGADO
T° 68 F° 408 C.P.A.C.F.
T° XX F° 232 C.A.S.M.
T° 104 F° 472 C.S.J.N.


Dra. CAROLINA S. MAIDANA
ABOGADA
T° 116 F° 87 CPACF


DR. CONSECH PAEZ
ABOGADO
T° 121 F° 71 C.P.A.C.F.
T° X F° 95 C.A.Q.



Dr. Carlos Alberto ZANNINI
Procurador del Tesoro de la Nación


Dr. Horacio Pedro DIEZ
Subprocurador del Tesoro de la Nación