

**Universidad Torcuato Di Tella**  
**Escuela de Derecho**

---

## **Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)**

**Volumen 21, Número 2, julio 2021**

---

La buena educación. Reflexiones sobre el caso “CABA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)”

Ivana Piccardo

Formato de cita recomendado

Ivana Piccardo, *La buena educación. Reflexiones sobre el caso “CABA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)”*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 21 2 (21)

---

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a [revistajuridica.utdt.edu](http://revistajuridica.utdt.edu)

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con [ratj@utdt.edu](mailto:ratj@utdt.edu)

**ISSN edición impresa 1851-6831**

**ISSN edición digital 1851-684X**

---

## La buena educación. Reflexiones sobre el caso “CABA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)”<sup>†</sup>

---

Ivana Piccardo\*

### I. El caso en contexto

El pasado 15 abril de 2021 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 241/2021 ordenando una serie de nuevas restricciones en el marco de la crisis sanitaria, disponiendo, entre otras medidas, que las clases presenciales de actividades educativas escolares y no escolares se mantendrían en general en todo el país con excepción del aglomerado del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).<sup>1</sup> En efecto, en dicho territorio, el Presidente ordenó mediante el artículo 2° de dicho dispositivo la suspensión del dictado de clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.<sup>2</sup>

Este decreto puede ser leído como un *continuum* de decisiones presidenciales que, desde la declaración de pandemia por parte de la OMS,<sup>3</sup> fueron delineando un nuevo marco jurídico de prohibiciones y deberes, no solo para los y las habitantes del país, sino también para las autoridades de todos los niveles, constituyendo una matriz de fuertes restricciones a la libertad en sus diversas dimensiones.

---

<sup>†</sup> Quiero agradecer especialmente los comentarios y sugerencias de Ezequiel Monti, que contribuyeron a mejorar la propuesta de análisis, y destacar su gran labor editorial.

\* Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) Investigadora de la Universidad Católica de Córdoba (UCC), Profesora de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho - UNC) y de Derecho Constitucional y Administrativo (Facultad de Ciencias Económicas – UNC).

<sup>1</sup> Cabe aclarar que el propio Decreto N° 241/21 establece que el AMBA es la zona definida en el artículo 3° del Decreto N° 125/21 que comprende la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y treinta y cinco (35) partidos de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>2</sup> En lo que aquí interesa el artículo 2° del Decreto N° 241/21 (que sustituye el artículo 10 del Decreto N° 235/21) dispone: “CLASES PRESENCIALES. ... Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive”.

<sup>3</sup> El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del virus SARS-CoV-2 como una pandemia.

Desde los primeros DNU N° 260/20 y 297/20, mediante los cuales se amplió en materia sanitaria la emergencia pública establecida por la Ley N° 27.541<sup>4</sup> y se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, respectivamente, pasando por el DNU N° 520/20 que flexibilizó aquella medida disponiendo el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”, hasta este último DNU N° 241/21,<sup>5</sup> el Poder Ejecutivo apeló a las atribuciones previstas en los incisos 1° y 3° del artículo 99 de la Constitución Nacional para adoptar medidas restrictivas de derechos, argumentando en general la necesidad de solucionar y/o mitigar y/o prevenir de manera inmediata las consecuencias adversas generadas por el COVID-19 y la imposibilidad, para lograrlo, de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.<sup>6</sup>

En este contexto, el DNU N° 241/21 constituye uno más de los dispositivos que engrosaron el complejo sistema de normas que fue tejiendo el Ejecutivo Nacional. Sin embargo, sus implicancias jurídico-constitucionales lo singularizan. Su rechazo por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), cuestionando judicialmente la constitucionalidad del ya citado artículo 2°, derivó en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que es precisamente el que nos convoca.

En efecto, al día siguiente de dictado el DNU N° 241/21, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la decisión del Poder Ejecutivo de suspender el dictado de clases presenciales. La CABA argumentó que el DNU N° 241/21 violaba su autonomía en materia de salud y educación, y resultaba injustificado y arbitrario por cuanto (i) no se basaba en datos empíricos científicos suficientes, (ii) constituía un exceso en sus facultades y, en consecuencia, violaba lo dispuesto en el artículo 99 inciso 3° de la CN, (iii) atentaba contra el principio de igualdad en relación al resto de las jurisdicciones locales del país, y (iv) constituía un dispositivo repugnante a los compromisos básicos en materia de derechos humanos ocasionando un grave perjuicio a niños, niñas y adolescentes en su pleno goce al derecho a la educación.

---

<sup>4</sup> Por Decreto N° 167/21 se prorrogó la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley N° 27.541 y ampliada por el Decreto N° 260/20 hasta el 31 de diciembre de 2021.

<sup>5</sup> Al terminar de escribir estas líneas, se han dictado nuevas disposiciones y la situación actual en orden a la presencialidad en las escuelas en la CABA ha cambiado. Sin embargo, el caso sigue revistiendo interés por las piezas interpretativas y argumentativas que ofrece, principalmente en materia de limitación de derechos y competencias federales.

<sup>6</sup> Un reciente e interesante análisis de las normas dictadas con motivo de la emergencia sanitaria puede verse en Puga, 2021.

La Corte Suprema declaró que la causa correspondía a su competencia originaria y le imprimió el trámite previsto para los procesos sumarísimos.<sup>7</sup>

Al contestar la demanda, el Estado Nacional afirmó que la decisión se adoptó en base a datos sanitarios y epidemiológicos que aconsejaron tomar prevenciones y ordenar restricciones para evitar la circulación del virus y la velocidad del contagio; que, contrariamente a lo sostenido por la CABA, los recaudos del artículo 99 inciso 3° de la CN se encontraban acabadamente cumplidos; que la medida era razonable pues configuraba un medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID-19; y que no afectaba la autonomía de la ciudad ya que, al tratarse de una medida de alcance interjurisdiccional, si bien el ejercicio del poder de policía sanitario es concurrente entre Nación y provincias, en caso de incompatibilidad de criterios prevalece la norma nacional por imperio de los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional. Invocó, además, la teoría de los actos propios advirtiendo que la propia CABA había consentido todos y cada uno de los decretos dictados en los años 2020 y 2021.

Por último, en esta sucinta radiografía del caso, cabe resaltar el dictamen del Procurador General de la Nación interino que constituye en sí una importante pieza jurídica sobre las cuestiones en debate. Luego de su extensa y argumentada opinión, el Procurador concluyó que el DNU N° 241/21 era inválido y, en particular, que no se configuraban las circunstancias fácticas que establece el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional para la procedencia constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia. No me detendré en el análisis del dictamen de procuración, pero vale resaltar que varios de los argumentos allí esgrimidos arrojan luz sobre puntos conflictivos del caso que el fallo no aborda o que lo hace solo de modo fugaz.

En lo que sigue, me avocaré al análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 4 de mayo pasado<sup>8</sup> analizando los tres votos del fallo, en la secuencia en que se presentan, esto es, en primer término, el voto compuesto por las opiniones de los ministros Maqueda y Rosatti (voto mayoritario), en segundo término, el voto del presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz y, por último, el voto de Lorenzetti. Esta metodología de análisis permitirá mostrar cómo, no obstante arribar a un decisorio común, los andariveles por los que transitan los jueces se tocan en algunas puntas, se reconocen en ciertos lugares comunes, pero hay una impronta notable en cada uno, una decisión deliberada de hacer hincapié en aspectos del caso que cada uno ha considerado relevante para fijar estándares y que, acaso, explican por qué no suscribieron un mismo cuerpo de fundamentación.

<sup>7</sup> “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” CSJ 567/2021-ORIGINARIO, 19/04/2021. Sobre la competencia originaria y apelada de la CSJN y el estatus de la CABA puede verse Dolabjian, 2019.

<sup>8</sup> “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” CSJ 567/2021-ORIGINARIO, 04/05/2021.

## II. La relevancia exógena y endógena del caso.

De la sentencia recaída en el caso “CABA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)” pueden extraerse valiosos mensajes para nuestro sistema de fuentes, en particular por los estándares que fija sobre los derechos humanos en contextos de emergencia y sobre la distribución de competencias de nuestro federalismo.

En tiempos no convulsos, en principio, el sistema jurídico puede contener los diversos conflictos que se presenten a partir de un diseño institucional bastante robusto, los poderes tienen competencias definidas, los derechos una expansión y explicitud notables,<sup>9</sup> y existen algunas buenas prácticas y precedentes capaces de ser guía fértil para decisiones correctas. En general, en estos contextos, quizás la mayor preocupación resida en la necesidad de discutir acerca de (y perfeccionar) los modos de deliberar y tomar decisiones para gobernar los desacuerdos (Waldron, 2005).

Por el contrario, en tiempos de emergencia, y conforme observamos en discursos y prácticas, pareciera que los contornos de la Constitución Nacional se vuelven difusos y que el cauce de acción que esta ordena inevitablemente se desborda.<sup>10</sup> Sobre esta inevitabilidad mal concebida, la política se asienta y tira anclas con claros resultados antidemocráticos, autoritarios, que repugnan nuestras convicciones republicanas y presentan un fuerte desgaste en la confianza que el sistema representativo presupone y necesita asegurar (Gargarella, 2003).

La propia Corte revistió de relevancia institucional al fallo, recostándose sobre un argumento que reserva solo para ciertos casos. Veamos.

El DNU N° 241/21 estableció un plazo de vigencia para suspender la presencialidad de las clases desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021 inclusive y el fallo se dicta con fecha 4 de mayo de este mismo año, de tal suerte que, al momento dictarse la sentencia, la restricción impugnada ya no regía. Sobre el punto, todos los magistrados que se pronunciaron en la causa coincidieron en desplazar la limitación procesal de expedirse dentro del plazo de vigencia de la norma impugnada para ubicar en el centro de la discusión el rol de la Corte como garante supremo de la Constitución Nacional. Se observa así la firme decisión de la Corte de expandir su poder

<sup>9</sup> En particular, con la reforma constitucional de 1994, al incorporarse una gran cantidad de normas consagradoras de derechos y garantías y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

<sup>10</sup> Guibourg y Mendonca analizan el complejo concepto de emergencia, las derivas subjetivas e intersubjetivas alrededor de las crisis y la consiguiente dificultad objetiva para diseñar soluciones institucionales (Guibourg y Mendonca, 2004).

jurisdiccional en función del valor nomofiláctico de sus decisiones, respaldándose al hacerlo, en los autoprecedentes “Acuerdo para el Bicentenario”,<sup>11</sup> “Ríos”<sup>12</sup> y “B., A.”<sup>13</sup>

En efecto, como una suerte de “excusa de pronunciamiento”, los jueces de la CSJN, luego de expresar sus opiniones sobre el fondo del asunto litigioso, afirmaron que “...*el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento...Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional. En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporal y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino*”.<sup>14</sup>

Tres argumentos resaltan en esta decisión: (i) el rol de la CSJN como garante supremo de la Constitución Nacional, (ii) el valor de sus estándares como precedentes y como doctrina judicial, y (iii) la relevancia institucional de establecer un criterio rector en materia de federalismo.

Considerando los propios precedentes sobre los que la Corte Suprema asienta esta posición y los puntos en conflicto en el caso que analizamos, puede advertirse que los dos primeros argumentos sirven de “paraguas” argumentativo para justificar la motivación central de ejercer a pleno el poder jurisdiccional frente a un dispositivo que ya había perdido vigencia. Y es que lo que está en juego en el caso es el federalismo en la versión más reciente de nuestra historia institucional, y la centralidad o no de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la red de actores que pugnan un lugar de relevancia en el entramado de distribución de competencias entre Nación, provincias, municipios y la propia CABA (Hernández, 2018; Rosatti, 1997; Abalos, 1994).

Esta interpretación resulta consistente con la impronta del voto de la mayoría, como veremos seguidamente, plataforma a la que se pliegan –con sus notas– los votos de Rosenkrantz y Lorenzetti.

<sup>11</sup> “Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucumán s/ amparo” CSJN, 11/07/2017 - Fallos: 340:914.

<sup>12</sup> “Ríos, Antonio Jesús”, CSJN, 22/04/1987 - Fallos: 310:819.

<sup>13</sup> “B., A. s/ autorización judicial”, CSJN, 07/12/2001, Fallos: 324:4061 - Fallos: 324:4061.

<sup>14</sup> Cfr. consid. 28 del voto de la mayoría (Maqueda y Rosatti). En similar sentido, véase el consid. 19 del voto de Rosenkrantz y el consid. 18 del voto de Lorenzetti.

### III. El fallo. Una carrera de postas.

Analizaré el fallo en partes, distinguiendo los tres votos que confluyen en el mismo dispositivo final. Dado que el fallo ofrece varios mensajes destinados a diversos actores políticos, entiendo que una forma fructífera de analizarlo es pensándolo como una carrera de postas, compuesta por una secuencia de estándares que se van construyendo, consolidando, retomando y enriqueciendo voto a voto para conformar, no sin dificultad, una “mayoría resolutive”.

En pocas líneas, podría afirmarse que el primer voto, correspondiente a los dos ex integrantes de la Convención reformadora del año 1994, los magistrados Maqueda y Rosatti, concentra su atención en el *federalismo de concertación* que se selló en aquella instancia constituyente, situando los principios de buena fe y lealtad federal como guía práctica de acción cooperativa. El segundo voto, correspondiente a Carlos Rosenkrantz, se ocupa especialmente de la emergencia para sitiarla constitucionalmente y, por último, el voto de Lorenzetti pone foco en el derecho a la educación subordinando toda eventual limitación a la garantía de su máxima expansión.

Veamos los argumentos centrales de estas posiciones.

#### III.1. El voto de “los constituyentes”

Maqueda y Rosatti comienzan la carrera haciendo pie en un fallo dictado recientemente por la propia Corte, a saber, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”.<sup>15</sup> Allí, el máximo tribunal declaró procedente su competencia originaria en conflictos que tengan a la CABA como parte, concediéndole así una posición relevante en el juego de tronos de nuestro federalismo. Aquí, en el considerando 8° vuelven sobre el punto al reafirmar que “...este Tribunal estableció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional...”.

Al diseñar su matriz argumentativa, “los constituyentes” comienzan expresando que “...corresponde a esta Corte resolver en primer término el planteo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, referido a que el Estado Nacional habría violado su autonomía”<sup>16</sup> y, de esta suerte, al hacerse eco de esta pretensión y ubicarla en el centro de la escena, definen los contornos de la

<sup>15</sup> “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”, CSJN, 04/04/2019 – Fallos: 342:533.

<sup>16</sup> Cfr. consid. 2° del voto.

autonomía, en particular a partir de la amplificación operada con la reforma constitucional del año 1994.

De la matriz argumentativa del voto destacaré dos fundamentos centrales que se encuentran fuertemente imbricados y que identificaré como “el argumento de los sujetos” y “el argumento de los poderes”. La vinculación entre ellos se traba a partir de la concepción sobre el “federalismo de concertación” que trazan los constituyentes en su voto. Como puede advertirse claramente, en particular, de los considerandos 3° a 5°, su concepción prolijamente tallada es el norte de toda decisión acerca de las cuotas de poder político de los sujetos de la federación. El camino hacia un destino común (“*un solo país para un solo pueblo*”) es mojonado por expresiones con clara y unívoca dirección: “*sistema cultural de convivencia*”, “*interacción articulada*”, “*armónico desenvolvimiento*”, “*conjunción de diferentes intereses para la satisfacción del bien común*”, “*juego armónico y dual de competencias*”, “*cooperación para la funcionalidad de la estructura federal*”, entre otras. Analicemos ahora los dos argumentos que vertebran la plataforma de justificación del voto de la mayoría.

### III.1.a) El argumento de los “sujetos”

La concepción de federalismo trazada por Maqueda y Rosatti constituye el eje sobre el que pivotan para conceptualizar y darle una entidad definida a la CABA.

Comienzan advirtiendo el reconocimiento constitucional de sujetos jurídicos “necesarios” o “inexorables” (el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y un sujeto jurídico “posible” o “eventual” (la región) para inmediatamente remarcar que, con la reforma constitucional de 1994, la CABA adquiere el carácter de sujeto pleno de sistema federal tal como surge del artículo 129 de la CN, convirtiéndose en una “ciudad constitucional federada”,<sup>17</sup> y concluyen apelando a la interpretación originalista para sellar su posición: “*la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como 'ciudad constitucional' y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La 'capitalidad' -y por extensión la federalización- de la Ciudad*

---

<sup>17</sup> En el consid. 9° explican los términos de esta peculiar definición, expresando: “*es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen*”, retomando conceptos ya expresados por la Corte en “Bazán” (Fallos: 342:509) y en “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (Fallos: 342:533).

de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales”.<sup>18</sup>

Para los constituyentes, el ejercicio pleno de sus competencias por parte de la CABA, se deriva de su “plenitud” en tanto sujeto necesario e inexorable de nuestro entramado federal.

### III.1.B) El argumento de los “poderes”

Consistente con el argumento anterior, el voto exhibe una concepción robusta de la autonomía de la CABA y los poderes de ella emergentes. Esta posición se observa especialmente en dos postulados que pueden reconstruirse del siguiente modo:

- i) El artículo 121 de la CN es puesto en valor, reubicándolo como la regla de oro de la distribución de competencias entre Nación y provincias e incorporando al juego federal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha disposición, según la cual solo lo no conservado por las provincias corresponde al gobierno federal, es asumida no como el simple encabezamiento, como el título que da paso al desgranamiento de competencias conservadas, delegadas, y concurrentes enunciadas en las disposiciones subsiguientes,<sup>19</sup> sino como un principio ordenador de las decisiones que se adopten y los arreglos institucionales que se diseñen, esto es, como la pauta de interpretación que debe prevalecer y articular las acciones políticas y jurídicas.<sup>20</sup>
- ii) La relación de subordinación debe ser interpretada con carácter restrictivo y de modo “*subsidiario*”: la eventual prevalencia del derecho federal está condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional no se desborde respecto de las autonomías locales. En apoyo de este argumento, los jueces incorporan el concepto de “*inconstitucionalidad ascendente y descendente*”, para afirmar, en tono de advertencia, que nuestra matriz de supremacía constitucional puede violarse tanto “*cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional*”.

Sobre estos dos argumentos, “los constituyentes” construyen el estándar central de su voto entendiendo que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes y se asientan –otra vez– en la interpretación originalista de la Constitución, recordando que la Convención de 1994

<sup>18</sup> Cfr. consid. 10°.

<sup>19</sup> Como sabemos, también en otras secciones de la Constitución Nacional encontramos competencias conservadas, delegadas, y concurrentes.

<sup>20</sup> Repárese en el considerando 16° (cuarto párrafo) que expresa “...*todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta*”.

introdujo la educación dentro de la “policía del bienestar” de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A partir de allí, el punto a dilucidar es si el caso bajo análisis encuadra o no en dicho estándar, esto es, si la suspensión de la presencialidad en las escuelas en la CABA ordenada por la Nación fundada en la (atribución regulatoria federal de) emergencia sanitaria, constituye o no una violación a dicho estándar.

Así, la pregunta acerca de quién tiene la facultad de decidir en materia educativa en un contexto de crisis sanitaria, remite a otra que complejiza el análisis y a la que “los constituyentes” se abocan de lleno: ¿cómo se resuelve un conflicto de intereses entre la Nación y la CABA cuando ambas esferas se atribuyen (y reclaman para sí) el poder de regulación en materia educativa en dicho contexto?

El voto zanja el “conflicto de competencias” sometiendo la decisión del gobierno central al análisis de lo que denomina una “debida justificación competencial”, una suerte de escrutinio de razonabilidad a partir del régimen constitucional de reparto de competencias y el reconocimiento de que estamos frente a facultades concurrentes tanto en materia educativa como sanitaria. En efecto, tal como se expresa en el considerando 12º, “...*en nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, ya que “el Estado Nacional delinea la ‘base de la educación’ —para retomar la expresión del artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la ‘educación primaria’ de acuerdo al art. 5º*”, para continuar afirmando que otro tanto sucede con relación a la salud de conformidad a las normas de los artículos 125, 129 y 75 incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Para realizar dicho escrutinio, se recuestan en los ejes sobresalientes del “argumento de los poderes” (la regla de oro de los “poderes locales conservados” y la interpretación restrictiva de la relación de subordinación) y la robusta concepción de *federalismo de concertación* que los consolida, para concluir que la decisión presidencial no constituye una excepción válida del estándar federal. En efecto, Maqueda y Rosatti sostienen que el debido resguardo del federalismo constitucional “*exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales...*”<sup>21</sup> y esto no ocurrió. La alegada finalidad “*de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 [y] ... preservar la salud pública*” basada en datos empíricos como la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de

---

<sup>21</sup> Cfr. consid. 19º.

manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas jóvenes, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del virus, no alcanza para justificar el acto impugnado. Vale resaltar aquí que para “los constituyentes” no estamos ante un conflicto normativo, en consecuencia la ponderación sobre el (in)correcto encuadre del caso en el estándar federal fijado se reduce a un test de razonabilidad y proporcionalidad entre el fin perseguido y la decisión adoptada.

El estándar del voto muestra con claridad que la Nación debe justificar en cada caso que, dadas ciertas circunstancias, le corresponde intervenir atribuyéndose facultades que, *prima facie*, no ostenta: la carga de la prueba será el costo que deberá pagar al pretender (auto)delegarse una competencia que las autoridades locales, por imperio constitucional, han conservado para sí.

Por último el voto contiene también un claro mensaje a futuro, al postular la irrelevancia del instrumento en que se plasmó la norma impugnada. Maqueda y Rosatti sostienen que la naturaleza de la fuente normativa (DNU) no altera las reglas sobre distribución de las potestades en el diseño federal argentino, “*(e)s más, aun en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumente mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba el Tribunal en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume*”.<sup>22</sup>

Este mensaje resulta contextualmente relevante en la disputa de poderes que antecedió al fallo y que continuó tras su dictado. A días de conocerse la decisión de la Corte Suprema que analizamos aquí, el Poder Ejecutivo impulsó un proyecto de ley de delegación de facultades denominado “Ley sobre parámetros epidemiológicos y sanitarios regulatorios de la emergencia COVID-19” por medio del cual propiciaba delegar en el Poder Ejecutivo Nacional, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, la facultad de adoptar medidas razonables, temporarias y oportunas para proteger la vida y la salud pública en relación con la pandemia por COVID-19 y crear las condiciones para el acceso a la atención y asistencia médica adecuada de las personas afectadas de COVID-19 (Cfr. art. 4 del proyecto de ley).<sup>23</sup>

### III. 2. El voto del Presidente

---

<sup>22</sup> Cfr. consid. 25°.

<sup>23</sup> Al momento de presentar este trabajo, el proyecto solo obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores el pasado 20 de mayo.

El voto de Rosenkrantz avanza en la carrera tomando la posta de “los constituyentes” en relación a la distribución de competencias del sistema federal y la plena autonomía de la CABA, para puntualizar en tres aspectos que, entiendo, son nodales en su voto.

### III.2.A) *La emergencia no crea poderes*

En primer lugar, Rosenkrantz advierte que, aunque la existencia de una situación anormal habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos, ninguna emergencia puede invocarse para ejercer poderes inexistentes. Por el contrario, tal circunstancia excepcional debe concebirse dentro de la Constitución, esta la delimita y todo poder que se ejerza por fuera de ella, contiene el germen de la arbitrariedad e ilegitimidad.<sup>24</sup> Así, lo expresa el voto de modo contundente al afirmar que “*la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender una situación anormal*”.<sup>25</sup>

Al centrar su atención en la emergencia y en el “corset institucional” al que las autoridades deben ajustarse al adoptar medidas, fuerza a la superficie distinciones centrales que en muchas ocasiones se licúan so pretexto de urgencia y necesidad. Así, la distinción entre legalidad y eficacia y entre poder desnudo y legitimidad constitucional cobran un protagonismo (necesario) y dejan al descubierto la necesidad de dar certeza frente a la manida y tensa relación entre poder y derecho, un conflicto que se presenta de manera recurrente y demanda que las reglas del sistema democrático y republicano ordenen su juego.

### III.2.B) *La interjurisdiccionalidad no se presume*

El segundo punto se vincula de manera directa con el reparto de competencias entre los sujetos de la federación en las materias que están en juego en el caso: la salud y la educación. Repasando las normas constitucionales que definen la competencia entre las distintas esferas de gobierno en estos temas, y las disposiciones de la Ley de Educación N.º 26.206,<sup>26</sup> el voto establece una regla central: en cuestiones de salud y salubridad y de organización y funcionamiento de las

<sup>24</sup> Cfr. consid. 5º, segundo párrafo.

<sup>25</sup> Cfr. consid. 5º. Resulta clarificadora la cita del ex juez de la Corte Suprema Dr. Petracchi al expresar que la emergencia “*tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: ‘La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]’*”.

<sup>26</sup> Véanse en particular las referencias del considerando 8º de dicha ley.

instituciones educativas, la CABA tiene plenas facultades de decisión en todo su territorio. De allí que, en principio, la decisión sobre la modalidad presencial o virtual de las escuelas dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o reguladas por ella constituye una competencia local y no nacional.

Ahora bien, frente a esta regla, y para evaluar si la decisión adoptada por el presidente mediante el DNU N.º 241/21 encuentra o no validación constitucional, Rosenkrantz se pregunta si, en el caso, la decisión de suspender la presencialidad puede encuadrar o no en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el “comercio” de las provincias entre sí (extendiendo la noción de comercio a toda actividad interjurisdiccional) o en la facultad concurrente de promover el bienestar general prevista en el artículo 75 inciso 18 de la CN.

La respuesta contempla estas hipótesis y de ella emergen dos estándares muy precisos. Por un lado, en relación a las actividades interjurisdiccionales, a las que el Poder Ejecutivo apela para justificar su decisión, el voto traza un estándar claro que podemos condensar en la siguiente afirmación: una actividad es interjurisdiccional si y solo si tiene un alcance, en sí misma o por sus efectos, que excede los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires, y la misma (i) no puede suponerse simplemente porque el Congreso legisle sobre ella<sup>27</sup> y asimismo (ii) no puede válidamente alegarse su existencia apelando al carácter transnacional de una determinada situación.

Aceptar (i) supondría subvertir el principio de supremacía y arrasar con la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituídos, y sus productos. En efecto, conforme lo prescripto en el artículo 75 inciso 13, la existencia del comercio entre las provincias es la condición que la Constitución establece para que legítimamente la facultad de regularlo sea exclusiva del Congreso Nacional y no una situación fáctica que defina *ad hoc* dicho órgano para que la potestad de reglamentación quede, por su sola decisión, en sus manos.

Por su lado, aceptar (ii) supondría admitir que resulta suficiente la transnacionalidad de una situación determinada, por caso la pandemia, para alegar la interjurisdiccionalidad de cualquier medida que se adopte con la finalidad de regularla. De admitir esto, cualquier fenómeno que trascienda las fronteras nacionales convalidaría el desplazamiento de las autoridades locales y esto resultaría claramente violatorio de las más básicas reglas de organización del poder en nuestro sistema, máxime cuando lo que está en juego es el funcionamiento local del sistema educativo y los poderes necesarios para garantizarlo.

---

<sup>27</sup> Resalta en este punto el considerando 10º al expresar que “*la Nación, mediante sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es*”.

En segundo lugar, el voto analiza la cuestión de la competencia “concurrente” prevista en el artículo 75 inciso 18 de la CN y traza también un estándar definido al expresar que, tal competencia no es exclusiva ni excluyente de la Nación y que la regulación centralizada de ciertas materias en función de dicha disposición, no desplaza *per se* el ejercicio de tal competencia por parte de las provincias y la CABA. No basta -expresa el voto- la mera invocación del “bienestar general” para sustraer a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires su potestad plena de regular la organización y funcionamiento del sistema educativo.

A partir de estos estándares y considerando especialmente el carácter que reviste la materia que el DNU N° 241/21 regula, esto es, la competencia de prestar el servicio educativo y su estatus de “precondición” de la garantía federal del goce y ejercicio de las autonomías locales,<sup>28</sup> Rosenkrantz pasa por ese tamiz los elementos de juicio que las partes en conflicto aducen en su favor para concluir que la CABA presentó elementos suficientes para tener por probado que el impacto interjurisdiccional del dictado de clases presenciales que aducía el gobierno nacional eran meramente conjeturales.<sup>29</sup> Este es un argumento central en el voto que analizamos. En efecto, la pretendida eficacia de las medidas restrictivas en materia de educación es derribada por carecer de entidad para cancelar la potestad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de gestionar, organizar y planificar la educación en sus establecimientos.

Los elementos fácticos del caso son especialmente considerados y contrastados -como refería más arriba- y constituyen, junto al análisis normativo de las reglas en juego, las premisas de la plataforma de fundamentación del voto de Rosenkrantz.

En esta línea, merece especial atención lo expresado en el considerando 10° del voto a la luz de la concepción de emergencia (sus límites). Se expresa así que, estando en juego “...la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado Nacional de que una actividad reviste

<sup>28</sup> Cfr. consid. 9°, tercer párrafo.

<sup>29</sup> En relación con este punto repárese en el considerando 11°. Allí el voto contrasta los datos y afirma que la CABA “(h)a mostrado el carácter geográficamente acotado de la prestación de clases presenciales en función de varios indicadores, tales como la baja incidencia de los contagios dentro de los establecimientos educativos, el criterio de proximidad con el que se asignan las vacantes en el sistema público y la reducción en el uso de transportes públicos por alumnos en relación con la tasa de uso previa a la pandemia” en tanto que el Estado Nacional “... hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra y, por lo tanto, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último —del cual depende, entre otras cosas, la existencia de interjurisdiccionalidad— se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales dentro de la Ciudad Autónoma. Sumado a ello, en la demanda se afirma —sin que haya sido puntualmente rebatido por el Estado Nacional— que la mayor parte del alumnado que concurre a escuelas de la Ciudad de Buenos Aires no utiliza el transporte público para concurrir a clases...”.

*carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia”.*

### *III.2.C) Los principios republicanos no se resignan*

El último punto a resaltar del voto del presidente se vincula con una referencia indirecta sobre la (i)legitimidad del decreto cuestionado. Si bien en el considerando 18° el voto reputa innecesario el tratamiento del planteo vinculado al incumplimiento de los requisitos constitucionales que habilitan el dictado de este tipo de decretos<sup>30</sup> y a la falta de razonabilidad de la normativa en cuestión, lo cierto es que introduce algo peculiar que escapa a las dimensiones analizadas. Sobre el final de su argumentación, el presidente de la Corte afirma lo siguiente: *“hay todavía una razón adicional de máxima importancia que subyace a toda nuestra organización institucional...(s)e trata del respeto que todas las autoridades de la República han de rendir al orden institucional y al sistema democrático. La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones... Este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y legislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía”*.<sup>31</sup>

Toda esta retórica republicana y democrática tiene un sentido final que es la relevancia institucional, crucial para la Nación toda, de no (contribuir a) eludir la responsabilidad de las autoridades públicas de todos los niveles. Así lo expresa el voto como corolario *“...si se usurpan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda se subvertiría el carácter representativo del sistema pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas”*.<sup>32</sup>

Puede advertirse en estas formulaciones la conexión entre una concepción fuerte de institucionalidad, capaz de contener los conflictos en tiempos normales y también en tiempos de crisis, y los principios centrales de nuestro régimen político. El federalismo (y sus reglas de competencia) anclado en el marco de nuestro sistema representativo y republicano asoma claramente en las expresiones vertidas en el considerando 16°: *“la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución”*. En esta línea,

<sup>30</sup> Los consid. 25° y 26° del voto de Maqueda y Rosatti exhiben coincidencia en este punto.

<sup>31</sup> Cfr. consid. 16°.

<sup>32</sup> Idem.

las afirmaciones finales del voto, refuerzan las advertencias iniciales de Rosenkrantz y pueden leerse como un cuestionamiento indirecto (¿una suerte de aviso?) al uso de ciertos dispositivos que la Constitución ha puesto de modo excepcional en cabeza del presidente de la Nación.

### III.3. El voto de Lorenzetti

Si en los votos ya analizados el derecho a la educación se conecta con las competencias federales y el discutido reparto entre la Nación y la CABA, el voto de Lorenzetti lo convierte en su *leitmotiv*, y toma la posta para hincar ahí donde este fallo generó las mayores expectativas sociales: la educación como un derecho que genuinamente debe ser garantizado y su conexión con el principio de autonomía de la voluntad y el derecho de planificar nuestras vidas. Y aquí lanza toda la artillería de los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia nacional y extranjera y apela al principio de autoridad resaltando las opiniones de UNICEF y la normativa emanada del propio Consejo Federal de Educación para zanjar la discusión sobre los datos y el problema, presente a lo largo del fallo, acerca de su (im)procedencia para justificar de manera suficiente la adopción de ciertas medidas.<sup>33</sup>

El voto de Lorenzetti advierte sobre la posición que ocupa el derecho a la educación en nuestro sistema jurídico para recordar su carácter fundamental, y desde esa centralidad suprema hace ingresar todo el juego de la política y, en particular, el delicado tema del reparto de competencias.

Tomando la posta de los votos anteriores, remarca que “*los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)*”,<sup>34</sup> e introduce en este juego de poder la competencia de la Corte Suprema como guardián último del derecho a la educación comprometiéndose e instando a la efectiva tutela de los derechos fundamentales, concibiendo toda limitación de los mismos como una excepción.<sup>35</sup>

La pregunta que se hace Lorenzetti invierte la lógica de los votos antes analizados. Lo que importa para él no es *quién* sino *cómo* asegurar mejor la educación en una emergencia sanitaria,<sup>36</sup> y su respuesta invita a una suerte de “estado de escrutinio permanente”, que no descansa en los datos empíricos sino en estándares de ponderación que garanticen la máxima satisfacción del

<sup>33</sup> Cfr. consid. 2° y 3°.

<sup>34</sup> Cfr. consid. 9°.

<sup>35</sup> Cfr. consid. 2°. Allí expresa “...cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar”.

<sup>36</sup> Cfr. consid. 5°.

derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y, acaso, en cualquier contexto.

Los criterios relevantes para Lorenzetti son los siguientes: (i) el Estado no tiene facultades para limitar el derecho de educación de las personas, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros y siempre que no signifique una afectación esencial de dicho derecho, (ii) la limitación debe ser razonable y esto se cumple si es limitada en el tiempo, si las restricciones no son agudas y si no hay otra alternativa que suponga la menor restricción posible al goce del derecho,<sup>37</sup> y (iii) el juicio de ponderación no cede ni se mide en función de qué autoridad adopte las medidas restrictivas.

A partir de esta plataforma, el voto avanza sobre el punto a dirimir en el caso, esto es, qué autoridad es competente para reglar la materia educativa, considerando que el caso exhibe desacuerdos acerca del ejercicio de facultades concurrentes en materia de salud y educación entre la Nación y la CABA.

En esta línea, sostiene Lorenzetti que la Nación solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación estableciendo las bases generales, respetando las decisiones locales, y en apoyo de tal regla cita las disposiciones de la Ley de Educación y del Consejo Federal de Educación. Este último, entre otras cuestiones relevantes, entendió que era prioridad abrir las escuelas y reanudar las clases presenciales bajo condiciones de seguridad sanitaria.

Del voto puede extraerse una regla específica para el caso y una regla general. Esta última estaría constituida por los tres criterios resaltados más arriba, de modo que cualquier conflicto por desacuerdo sobre competencias concurrentes que se presente en el futuro debería resolverse a partir de dichas criterios.

La regla especial del caso concreto sería, en rigor, un estándar que se desprende de aquella y es que el decreto del Poder Ejecutivo se apartó de la legislación aplicable y en consecuencia esto socavó la autonomía de la CABA, limitando su potestad de reglar y garantizar el derecho a la educación en su territorio. Esta solución del caso, en función de la regla general trazada, supone entender que, para Lorenzetti, el DNU se apartó, sin buenas razones para ello, de los criterios antes referidos, y en consecuencia la *autoridad* que dictó la medida restrictiva (iii), *limitó irrazonablemente* el derecho a la educación en la CABA (i y ii).

---

<sup>37</sup> Repárese que en este punto cita su propio voto en el caso “Massa” y en relación con el contexto específico de esta pandemia se apoya en los fallos de la CSJN “Maggi” y “Lee”.

#### IV. Conclusiones y un interrogante *¿Todos para uno y uno para todos?*

Para finalizar compartiré algunas impresiones que me deja el caso. En primer lugar, quisiera advertir sobre una cuestión que no fue abordada por ninguno de los jueces, a saber, la (i) legitimidad del uso de los Decretos de Necesidad y Urgencia. El artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional refleja el rescatable esfuerzo de la convención constituyente del año 1994 de encorsetar normativamente una acendrada práctica desviada del poder. Si tomamos en serio las normas allí desplegadas podemos concluir que nuestro sistema jurídico no tolera ni consiente decisiones que reflejen un paternalismo presidencial de sesgo unitario como el que exhibe el DNU N.º 241/21, ni siquiera en contextos de emergencia. Recordemos que la regla que surge de dicho artículo, de modo categórico, establece que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

¿Será que no hubo acuerdo entre los miembros del máximo tribunal de justicia para establecer estándares sobre los DNU? O, quizás, hubo acuerdo y este consistió en resolver el conflicto sin emitir opinión sobre el tipo de norma que lo originó.

En segundo lugar, y donde el fallo se muestra generoso en argumentos, es en torno al federalismo de concertación. Nuestro sistema contiene reglas claras que obturan todo arreglo – provenga de donde provenga – que, so pretexto de asegurar la eficacia de medidas destinadas a paliar una emergencia, suponga un menoscabo a derechos humanos fundamentales. Replico aquí un mensaje a dos puntas que surge del fallo: un mensaje destinado al Ejecutivo y todo el abanico de instrumentos que tiene a su alcance y un mensaje al Congreso de la Nación en su tarea de diseñar los diferentes arreglos que están bajo su órbita.

En tercer lugar, una cuestión adicional referida específicamente a la educación y su regulación constitucional. Es importante advertir que mientras la concurrencia de facultades en relación al desarrollo humano y al bienestar general entre Nación y provincias se expresa en nuestra Constitución Nacional sin especiales aditamentos, en relación a la educación en particular hay un mandato mucho más definido en cuanto a la distribución de competencias, toda vez que (i) no solo lo que ha sido delegado en el gobierno federal es aquello vinculado a los lineamientos generales y lo fino, la organización, la promoción, la “presencialidad”, queda en manos de las órbitas locales, sino que (ii) el gobierno federal al fijar lineamientos generales debe hacerlo respetando las particularidades provinciales y locales, por lo que claramente el artículo 75 incisos 18° y 19° de la CN no puede interpretarse adecuadamente sino en consonancia con los artículos 121, 5, 123 y 129 de la CN, y, al hacerlo, (iii) debe asegurar la igualdad de oportunidades (lo que refuerza la relevancia de las particularidades, la especial mirada local sobre la educación) recordando que (iv) la autonomía de las provincias en nuestro sistema, para ser plena y cumplir el mandato de la propia CN, debe asegurar la educación -deber que por imperio del artículo 125

de la CN se hace extensible a las ciudades- y en consecuencia no solo no puede sustraerse a las órbitas locales tal poder de regulación sino que tampoco puede limitarse ni esmerilarse de modo alguno, porque de suceder ello se estaría socavando uno de los elementos que le dan sustancia al concepto mismo de autonomía en nuestro diseño federal.<sup>38</sup>

Por último, una cuestión que, a propósito de la construcción de la plataforma de argumentación del fallo bajo análisis, solo dejaré planteada para profundizar en discusiones futuras. Tal como ha quedado claro del análisis de los votos, la decisión de la Corte Suprema en términos “resolutivos”, esto es, focalizando en el dispositivo que clausura el conflicto y sobre el que los votos individuales de Rosenkrantz y Lorenzetti concurren con sus propios fundamentos al voto “mayoritario” de Maqueda y Rosatti, puede resumirse sin pérdida en la siguiente afirmación: la decisión del gobierno nacional de suspender la presencialidad de las clases en la CABA violó su autonomía.

Ahora bien, si reparamos en los párrafos finales de cada voto, en esas afirmaciones últimas que fungen como preludeo de la conclusión, como el último espaldarazo de la posición asumida, podemos advertir registros muy diferentes. Hay tres intensidades que pueden observarse con claridad y que guardan una especial conexión con la plataforma de fundamentación que cada voto construyó de manera individual.

De mayor a menor intensidad, podríamos graduar el voto de Rosenkrantz ubicándolo en primer lugar. Reparemos en el considerando 15° para verlo con precisión: “...*la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación...de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires... de manera unilateral y directa configura una intromisión... en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional*”.

En esta “gradualidad”, ubicamos el voto de “los constituyentes” en segundo lugar. Al dar las puntadas finales de su matriz argumental, expresan que “... *la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.*”<sup>39</sup>

Así, el voto de Rosenkrantz, de manera categórica entiende que la regulación por parte de la Nación de una materia de competencia local supone lisa y llanamente un acto inconstitucional y su posición central radica en descartar la pretendida interjurisdiccionalidad alegada por el Poder Ejecutivo extendiendo el estándar aún en contextos de emergencia. Para Maqueda y Rosatti la

<sup>38</sup> Puede verse un acabado análisis sobre la educación y el federalismo, en la investigación de Belanti y otros, recientemente publicada en Bernal, 2020.

<sup>39</sup> Cfr. consid. 19° *in fine*.

intromisión también se verifica –“*el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena*”– pero esta conclusión se conecta con la especial preocupación por hacer prevalecer la concertación, la armonía, la coordinación y como última *ratio* y solo en caso de conflicto, determinar la prevalencia de la competencia de un sujeto federal sobre otro. Como lo advertíamos al inicio del trabajo, los componentes del *federalismo de concertación*, que ambos magistrados defendieron en su hora como convencionales constituyentes, impregnan su voto.

Por último, ubicamos el voto de Lorenzetti, que se aleja sustancialmente de los postulados anteriores al expresar bajo el título “Conclusiones” lo siguiente: “*La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales... (E)l Estado Nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases... pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206)*”.<sup>40</sup>

Si bien la afirmación conclusiva sobre la violación de la autonomía aparece en los tres votos, no arriban a ella del mismo modo, lo hacen transitando una carrera de postas mojonada por objetivos comunes que contribuyen a edificar la resolución final del caso pero utilizando para ello “materiales” diferentes.

Mostrar esto tiene una doble finalidad. El modo en que cada uno va llegando al final de la carrera resulta coherente con las “decisiones/acto-proceso”<sup>41</sup> que fueron adoptando a lo largo de la misma. Esto es rescatable desde el punto de vista de la construcción individual (y a dúo en el caso de los constituyentes) de cada voto. Ahora bien, ¿cómo interpretamos estas construcciones desde una exigencia de fundamentación más robusta? ¿Exhibe la sentencia una coherencia argumentativa intra-órgano? (Piccardo, 2020).

Si predicar el carácter fundado de una decisión de un cuerpo colectivo, como la Corte, se mide por sus resultados (se llega a él por mayoría de jueces en apoyo de cierta conclusión), y por la existencia de razones explícitas, quizás entonces el único punto problemático pueda ser aquel que

---

<sup>40</sup> Cfr. consid. 17°.

<sup>41</sup> El término “decisión” se encuentra atravesado por la ambigüedad, y este problema semántico se hace especialmente patente en el ámbito de las decisiones judiciales. Por “decisión” entendemos el acto único (o la serie de actos) que tiene por fin resolver un conflicto jurídico determinado, este sentido del término decisión, esto es, el “acto de decidir” es lo que podemos denominar “decisión-acto/proceso”. Pero el término decisión también indica el resultado de aquel acto o proceso constituido por varios actos, esto es, la resolución propiamente dicha, el dispositivo que clausura el conflicto, lo que denominamos “decisión-resultado” (cfr. Caracciolo, 1991).

Waldron plantea al interrogarse por qué es que en los tribunales deciden mayorías exiguas,<sup>42</sup> que se conecta con el también tenso y manido problema del carácter contramayoritario de los jueces. Ahora bien, las preguntas que preceden apuntan en otra dirección, y escarban sobre la discusión que tiene lugar en un tiempo anterior a la conformación de mayoría resolutive, el momento en que se construye el cuerpo de fundamentación y los miembros del tribunal deciden o no fundar su posición final en los mismos argumentos, esto es, conformar o no “mayoría argumentativa”.

Este punto complejo se vincula con el (des)acuerdo acerca de cuándo estamos frente a una decisión judicial *fundada*. ¿Basta para ello que una mayoría de “carne y hueso” (Carrió, 1971) acuerde sobre la conclusión del caso? Si consideramos la posición tradicional en relación a los órganos judiciales colectivos, podría acordarse con Farrell (2003) cuando afirma que la condición de fundamentación se satisface si se verifica *coincidencia* entre los miembros del colectivo en las siguientes meta-razones: (i) que los jueces deben resolver con base en *buenas razones*, (ii) que la *regla de la mayoría* debe prevalecer, y (iii) el *orden* en que ciertas cuestiones involucradas en el caso deben ser resueltas.

A mi juicio, tanto (i) como (ii) no son cuestiones que estén sometidas a decisión de los jueces. Estas meta-razones constituirían, en todo caso, meta-razones epistémicas, externas a los jueces, impuestas por el sistema y condicionantes de la validez de las sentencias, toda vez que las decisiones-resultado de los jueces son válidas (a) si y solo si constituyen el resultado de decisiones-acto/proceso adoptadas con base en buenas razones, y, en el caso de órganos colectivos, (b) si se configura, además, “mayoría resolutive”, esto es, acuerdo en el dispositivo que clausura el proceso.<sup>43</sup>

Este modo de concebir (y satisfacer el requisito de) la fundamentación de las sentencias de órganos colectivos, responde a la lógica de los modelos agregativo y no agregativo que han dominado el modo de construcción de la doctrina judicial, en tanto y en cuanto en ambos el punto dilemático radica en determinar si las razones integran (o no) el dispositivo final, poniendo en el centro de la discusión el *resultado* y no el *proceso de justificación racional*. De este modo, cuando los operadores jurídicos apelan a “la doctrina de la Corte” en el caso x, en general lo hacen a partir de la solución que finalmente clausuró el conflicto, esto es, considerando la “decisión-resultado” del caso, aunque el mismo no sea el producto de una mayoría en los argumentos que justifican dicha decisión judicial, y apuntalan su posición en aquellas razones que más se ajusten a sus pretensiones justificativas.

---

<sup>42</sup> Waldron, 2018.

<sup>43</sup> La tercera meta-razón que plantea Farrell (qué cuestiones deben ser abordadas y el orden en que deben ser resueltas) sí podría formar parte de una exigencia de acuerdo mayoritario en un órgano colectivo, tal como puede observarse en la estructura de las sentencias que, en general, adoptan los órganos judiciales colectivos inferiores a la Corte, como el caso de las Cámaras de Apelación.

Esto modo de argumentar para justificar una posición, una pretensión o una decisión es una práctica muy extendida tanto en la doctrina cuanto entre abogados y jueces.

Reparamos en el propio fallo bajo análisis, para mostrar un ejemplo. El voto de Lorenzetti puede servir para ver cómo algunas de las posiciones centrales de su voto están fundadas en autoprecedentes “individuales”. Al dimensionar el derecho a la educación resalta el deber de la Corte de proteger los derechos fundamentales, para que las personas puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, constituyendo los mismos la base de la dignidad humana. Al hacerlo, Lorenzetti se basa en su propio voto en el caso “Itzcovich”. En su fundamentación continúa advirtiendo que a los fines de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, toda limitación a los mismos solo puede ser excepcional, y la interpretación de la ley debe estar guiada por dicho objetivo. Al hacerlo se basa en su propio voto en el caso “Di Nunzio”. Por último, al establecer su criterio sobre la limitación de los derechos en emergencia, advierte que las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, y su prórroga y su reiteración inutilizan los mecanismos de autodestrucción y alimentan su conservación. En su opinión *“la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico genera(do) más emergencia e inseguridad...”*. Otra vez, al expresar su opinión, se recuesta en un voto individual de su autoría, en este caso, su voto en “Massa”.

Podríamos encontrar puntos de conexión entre las opiniones de Lorenzetti y algunas expresadas en los otros dos votos, y entonces la reconstrucción de la “doctrina de la Corte” en este caso imbrica elementos en similar sentido que se diseminan en los tres votos del fallo.

Ahora bien, puede ocurrir que el estándar de un voto que contribuye a conformar “mayoría resolutive” no constituya un patrón mayoritario.

Volviendo sobre el voto de Lorenzetti, y solo para explicar la relevancia del punto, reparamos en un estándar que no aparece esbozado, ni en trazos gruesos, en los votos restantes. En el considerando 4º Lorenzetti afirma que *“(l)a Constitución reconoce el derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana”*. Y resalta que *“(e)sta Corte afirmó esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”* y cita el fallo de la CSJN recaído en el caso “Bahamondez”.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> El fallo en “Bahamondez” (1993) presenta sus propias particularidades en relación a la conformación de “mayoría argumentativa” puesto que de los nueve miembros que conformaban el máximo tribunal en esa oportunidad, el voto de la mayoría (en las dos dimensiones, “mayoría resolutive” y “mayoría argumentativa”) está compuesto por las

A partir de esta potente concepción sobre el derecho a la vida, y pensando en este fallo como un precedente al que puede apelarse en el futuro, planteo algunos interrogantes: ¿puede afirmarse que el estatus del derecho a la vida en relación al resto de los derechos y valores de nuestro sistema es un “estándar de la Corte” en el caso en cuestión? ¿Podría esgrimirse la “doctrina del caso 'CABA c/ Estado Nacional'” en relación al derecho a la vida para justificar una decisión en el sentido expuesto en el voto individual de Lorenzetti?

La práctica argumentativa que he intentado mostrar *grosso modo* tiene especial impacto en los sistemas de control judicial de constitucionalidad, por la relevancia que tiene la jurisprudencia en el concierto de fuentes del derecho, y en los sistemas de control *difuso* como el vigente en nuestro país, en particular, en función del valor que asignamos a los precedentes de la máxima instancia judicial.

El vasto y complejo asunto acerca del valor de los precedentes y su incidencia en los sistemas de control de constitucionalidad que remite al aún mayor campo de análisis sobre el rol de los jueces en los sistemas democráticos, requieren un abordaje que excede el objeto de este trabajo. No obstante estas limitaciones, el caso que analizamos puede servir para reflexionar sobre el modo en que la Corte Suprema construye su matriz argumentativa y sus implicancias en la discusión acerca de la (ir)relevancia de sus precedentes como genuina fuente de derecho.

---

opiniones de tres jueces. A dicha decisión-resultado concurren con sus propios fundamentos los jueces Fayt y Barra (en voto conjunto), en tanto que la disidencia se plasma en un solo voto con “mayoría resolutive” y “mayoría argumentativa”, y está compuesta por cuatro jueces, concitando mayor número de adhesiones la matriz argumentativa de la disidencia que la del voto triunfante.

### Referencias bibliográficas:

- Abalos, María Gabriela, “El régimen municipal argentino, después de la reforma nacional de 1994”, en Cuestiones Constitucionales N.º 8, México, enero-junio 2003.
- Belanti *et. al.* “Federalismo educativo y relaciones intergubernamentales”, en Bernal (Dir.) *Un federalismo en pausa. Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina*, Eudeba y Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020, pp.121-164.
- Bernal, Marcelo y Pizzolo Calogero (dir), *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, Astrea y Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2018.
- Bernal, Marcelo (Dir.), *Un federalismo en pausa. Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina*, Eudeba y Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020.
- Caracciolo, Ricardo, “Derecho y decisiones colectivas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 10, 1991, pp. 25-47.
- Carrió, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987.
- Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fonatamara, México, 2004.
- Dolabjian, Diego A. *La ciudad ante la Corte*, editorial Ediar, Bs.As. 2019.
- Elías, José Sebastián, “Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil.”, en Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Año II, N° 1 - Mayo de 2013, pp. 115-156.
- Farrell, Martín, *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos*, editorial, La Ley, Bs. As., 2003.
- Gargarella, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, en Jurisprudencia Argentina, Vol. IV, 2003, pp.1175-1209.
- Gargarella, Roberto, *Manual de teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, 1º edición, Buenos Aires, 2008.
- Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Hernández, Antonio María, *Estudios de federalismo comparado*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- Hierro, Liborio, : *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel Derecho.
- Jürgen Habermas, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, Revista Doxa, N° 5, año 2003.
- Navarro, Pablo, *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

- Piccardo, Ivana, *Cómo fallan los jueces. Mayorías argumentativas versus mayorías resolutivas*, editorial de la UNC, Córdoba, 2020.
- Puga, Mariela, “Decretos de Necesidad y Urgencia y Emergencia Sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica UTDT*, 21, (20).
- Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2018.