



DERECHO ADMINISTRATIVO Y CORONAVIRUS



DOCTRINA

¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción

Oscar Aguilar Valdez 2

La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria

Alfonso Buteler 6

La intervención estatal en la economía y el principio de subsidiariedad

A propósito del COVID-19

Patricio García Moritán 9

El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia

Orlando D. Pulvirenti 11

Derecho municipal y pandemia

Los municipios pueden regular de más en tanto no interfieran en el interés nacional

Enrique J. Marchiaro 13

Poder de policía y emergencia sanitaria

COVID-19

Marcelo Bee Sellarès 16

Conectividad, Servicio Universal y COVID-19

Propuestas concretas para problemas urgentes

Juan M. Galli y Juan M. Mocoroa 18

¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción

Oscar Aguilar Valdez (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La emergencia sanitaria nacional.— III. Emergencia sanitaria, constitución y Estado de Derecho. El Estado Sanitario y Administrativo de Excepción.— IV. Breves consideraciones sobre el control judicial en el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción.— V. Epílogo.

I. Introducción (**)

Hasta el momento, parecería que el dilema (falso, por cierto) es “salud pública vs. economía”. Pero hay otro dilema (también falso, como el anterior) pero que tiene el acierto de poner el acento en lo que, a nuestro juicio, es uno de los principales déficit que presenta la actual “emergencia sanitaria”: salud pública vs. Estado de Derecho.

De allí que el objeto de esta colaboración sea formular algunas consideraciones sobre la “emergencia sanitaria” frente a las exigencias del Estado de Derecho que impone nuestro régimen constitucional.

A tales fines comenzaremos con una —necesariamente— incompleta descripción de las principales medidas que, hasta el momento en que estas líneas se escriben, han impuesto un amplio arsenal de restricciones, prohibiciones y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales. Luego, intentaremos contrastar la situación imperante frente al modelo de Estado de Derecho adoptado por nuestro sistema constitucional, donde —luego de dar una respuesta desfavorable— realizaremos algunas puntualizaciones sobre lo que hemos denominado como Estado Sanitario y Administrativo de Excepción. A continuación, formularemos unas breves reflexiones sobre las perspectivas del control judicial de las medidas adoptadas con motivo del referido estado de excepción y culminaremos con un breve epílogo.

II. La emergencia sanitaria nacional

El 30 de enero de 2020, casi un mes después de que la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China) notificara a la Organización Mundial de la Salud (OMS) la existencia de un conglomerado de casos de neumonía en la ciudad, que posteriormente se verificó que estaban causados por un nuevo coronavirus y ante la constatación de que, a ese momento, se habían comprobado un total de siete mil ochocientos ochenta y ocho casos confirmados en todo el mundo, la mayoría de ellos en China y ochenta y dos en otros dieciocho países, la OMS declaró que el brote en cuestión constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional. Casi cuarenta días después, el 11 de marzo pasado, invocando encontrarse profundamente preocupada por los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y por su gravedad, y por los niveles también alarmantes

de inacción, la OMS determinó que la COVID-19 podía caracterizarse como una pandemia (1).

Ante tal declaración, al día siguiente, es decir, el 12 de marzo, el Poder Ejecutivo Nacional —invocando que la situación epidemiológica exigía que se adoptaran medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que, se alegó, resultaba imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de leyes— en ejercicio de las competencias contempladas en el inc. 3º del art. 99 de la CN dictó el dec.260/2020 mediante el cual, en lo sustancial, amplió por el término de un año la emergencia pública en materia sanitaria inicialmente establecida mediante la ley 27.541.

Con base en dicha declaración, ese reglamento atribuyó importantes facultades al Ministerio de Salud de la Nación, impuso —junto con otras medidas que calificó de “preventivas”— el aislamiento obligatorio por catorce días a las personas contagiadas del virus, a los llamados “casos sospechosos”, a los “contactos estrechos” de estos, a quienes ingresaren al país provenientes de o habiendo transitado por las denominadas “zonas afectadas”, estableció la obligación de la población de reportar síntomas a los prestadores de salud, dispuso la suspensión temporaria de vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”, entre otras.

A partir de ese momento, se sucedieron un sinnúmero de normas reglamentarias (2) —muchas de ellas, bajo el rótulo de decretos de necesidad y urgencia— que profundizaron en nuevas medidas restrictivas de derechos tales como la prohibición de ingreso de extranjeros no residentes (3), la prohibición de ingreso al país de argentinos residentes en el país y en el exterior (4), la obligación de los empleadores y trabajadores de reportar ante la autoridad sanitaria nacional toda situación que encuadre en los supuestos de aislamiento preventivo y obligatorio impuesto por la autoridad (5), la obligación de los entes y órganos del sector público nacional de compartir datos e información que obrase en sus registros con la finalidad de realizar “acciones útiles” para la protección de la salud pública (6), la creación de un registro o base de datos estatal cuya finalidad es almacenar los datos generados mediante la aplicación informática “COVID-19 Ministerio de Salud” (7) cuya utilización fue impuesta obligatoriamente a todas las personas que ingresasen al país (8), la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior (9), la suspen-

sión de los servicios de transporte aéreo de cabotaje (10), etcétera.

Todo ello, sin contar otros reglamentos que impusieron importantes restricciones a derechos económicos tales como el establecimiento de precios máximos a ciertos insumos sanitarios (11) y de primera necesidad (12), la suspensión de corte de servicios públicos domiciliarios por mora o falta de pago respecto de determinados usuarios (13), la suspensión de la obligación del pago de tarifas de peaje para transitar en corredores viales concesionados o gestionados bajo contratos de participación público-privada (14); la suspensión del cierre de cuentas bancarias (15), el congelamiento de cuotas de créditos hipotecarios y suspensión de ejecuciones (16), el congelamiento de alquileres urbanos y suspensión de desalojos (17), la suspensión de despidos de trabajadores (18), llegando hasta imponer la prohibición a los operadores aéreos de comercializar pasajes —tanto de cabotaje como internacionales— con fecha de partida anterior al 1º de septiembre de 2020 (19), entre otros.

Dentro de esta verdadera “legislación motorizada” (20), cabe resaltar el dec. 297/2020, dictado el 19 de marzo, que invocando que el país se encontraba ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes (21), razón por la cual resultaba necesario adoptar medidas oportunas a fin de mitigar su propagación e impacto en el sistema sanitario, impuso para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social preventivo y obligatorio” (22).

En lo sustancial, con la finalidad de impedir la circulación social del virus, esta gravosa medida importa que todas las personas que habitan el territorio nacional tienen la obligación de permanecer en sus hogares o en los lugares donde se encontrasen a las cero horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la vigencia de dicha medida. En tal sentido, la norma también impone el deber de abstención de concurrencia a sus lugares de trabajo, prohibiendo la circulación y el desplazamiento por rutas, vías y espacios públicos, habilitándose, solamente, la realización de desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

A los fines de garantizar el cumplimiento de tales prohibiciones, se habilitó al Ministerio de Seguridad a disponer controles permanentes en la vía y accesos a lugares públicos y se atribu-

yó competencia a las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias y en coordinación y de forma concurrente con las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a disponer procedimientos de fiscalización con la misma finalidad, obligando a los funcionarios a formular la pertinente denuncia penal en caso de verificar el incumplimiento a las prohibiciones en cuestión y confiando al Ministerio de Seguridad la facultad de disponer la inmediata detención de los vehículos que circularan en infracción al régimen así como proceder a su “retención preventiva” por el tiempo que “resulte necesario” a fin de evitar los desplazamientos.

Asimismo, se prohibieron los eventos culturales, recreativos, deportivos o que de alguna manera implicasen la concurrencia de personas, abarcando, inclusive, las celebraciones religiosas. También se suspendió la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas y cualquier otro lugar que requiriese la presencia de personas. A su vez, durante la vigencia de la medida se estableció que los trabajadores del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales y se confirió asueto transitorio al personal de la Administración Pública Nacional para que estos pudieran cumplir con la obligación de aislamiento. Solo quedaron excluidos de la obligación de aislamiento aquellas personas que se desempeñasen en las llamadas “actividades esenciales”, atribuyéndose competencia al jefe de Gabinete de Ministros para que, previo asesoramiento de la autoridad sanitaria y con base en la dinámica de situación epidemiológica, ampliase o redujese las excepciones al aislamiento allí contempladas.

Importando la obligación de aislamiento el principio general exigible a todos los habitantes, para acreditar encontrarse incluido en alguno de los supuestos de excepción excluidos de dicha obligación surgió reglamentariamente el deber de obtener diversos “permisos” así como el de suscribir variadas “declaraciones juradas” (23) para ser presentadas a los agentes de la seguridad que tienen a su cargo la fiscalización del régimen. La apuntada proliferación de permisos, la poca claridad de las normas aplicables, así como la circunstancia que las provincias y municipalidades de todo el país, amén de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reclamasen para sí el ejercicio concurrente de sus poderes de policía de la circulación, dieron lugar a un ver-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado UCA y Magister en Derecho Administrativo Universidad Austral. Profesor de Derecho Administrativo de la UBA, UCA y Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Ex presidente de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

(**) “La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba, la excepción, todo; no solo confirma la regla sino que esta vive de aquella” (Carl SCHMITT, “Teología política”, 1922)

“Las pasiones propias de la conservación del individuo se relacionan preferentemente con el dolor y el peligro y son las pasiones más poderosas de todas” (Edmund BURKE, “De lo sublime y lo bello”, 1757)

(1) Conf. www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline--covid-19. Al 11 de marzo, el número de afectados a nivel global ascendía a 118.554, el número de muertes a 4.281, afectando el COVID-19 a 110 países.

(2) Al momento en que se escriben estas líneas, en la

página web del Boletín Oficial de la República Argentina, en la solapa correspondiente al COVID-19, se listan más de cuatrocientas normas reglamentarias nacionales emitidas en la materia, condensadas en un documento que supera con creces las mil seiscientas páginas.

(3) Res. MS 267/2020, dec. 274/2020.

(4) Dec. 313/2020.

(5) Res. MTEySS 202/2020.

(6) Dec. adm. JGM 431/2020.

(7) Disp. SSGAYPD 3/2020. La aplicación “COVID-19 Ministerio de Salud” fue “implementada” (con carácter de uso no obligatorio) mediante dec. adm. JGM 432/2020.

(8) Disp. DNM 1771/2020.

(9) Res. ME 108/2020.

(10) Res. MT 63/2020, 64/2020, 71/2020 y 73/2020.

(11) Res. SCI 86/2020 y 114/2020.

(12) Res. SCI 100/2020.

(13) Dec. 311/2020.

(14) Res. DNV 98/2020.

(15) Dec. 313/2020.

(16) Dec. 319/2020.

(17) Dec. 320/2020.

(18) Dec. 329/2020. Con posterioridad, la Confederación General del Trabajo y la Unión Industrial Argentina suscribieron un acuerdo que contempla la posibilidad de suspensiones por fuerza mayor respecto de trabajadores pertenecientes a empresas no excluidas de la obligación del aislamiento. La autoridad nacional se pronunció de modo favorable a lo allí convenido por medio de resolución MTEySS 397/2020.

(19) Res. ANAC 144/2020.

(20) Término acuñado por Carl SCHMITT en su obra “Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft”, Tübingen, 1949, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, Eduardo, “La ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, RAP, 40, Madrid, 1963, p. 204, nota al pie de p. 58.

(21) Ello en razón de que no se cuenta con una vacuna para prevenir la infección, no existe la posibilidad de realizar tests masivos o generalizados que permitan aislar exclusivamente a los infectados y por el carácter limitado en su

acceso y servicialidad que tiene el sistema sanitario nacional que, ante una demanda masiva de atención, colapsaría.

(22) A esa fecha, según surge de los considerandos del referido decreto, en el país se registraban noventa y siete casos de infectados en once jurisdicciones, y tres muertes causadas por el virus. Al momento en que se escriben estas líneas, cincuenta días después, se registran más de cinco mil setecientos infectados y trescientos fallecimientos. Las víctimas tienen un promedio de setenta y seis años y la tasa de mortalidad asciende al 5,2% por millón de habitantes. Todas las provincias registran casos de infectados salvo Catamarca y Formosa, conf. www.argentina.gob.ar/coronavirus/informe-diario/mayo2020.

(23) Por ejemplo, véanse las declaraciones juradas nacionales exigibles en materia de recolección y transporte de residuos peligrosos: www.cent.gov.ar/declaracion-coronavirus, en materia transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP, la aprobada por res. MT 78/2020, respecto del regreso al domicilio habitual, la declaración jurada “Certificación para el regreso al domicilio habitual”,

dadero enjambre de “permisos” superpuestos y acumulados (24) que el Estado Nacional intentó, parcial y casi infructuosamente, solucionar con la aprobación de un “certificado único habilitante para la circulación” (25). Por vía reglamentaria se exigió a cada jurisdicción provincial y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la apertura de un “registro” de aquellas personas que se encuentran autorizadas a regresar a su domicilio habitual, imponiéndose la obligación de comunicar tales movimientos a las autoridades nacionales (26).

Con el correr de los días, debido a la necesidad de atender otras actividades que se mostraron de continuidad “esencial”, así como en razón de los reclamos de las autoridades provinciales y locales que bregaban por una mayor actividad económica en sus jurisdicciones, la Jefatura de Gabinete de Ministros fue morigerando la estrictez del régimen de aislamiento, incorporando nuevas actividades al régimen de excepción (27), habiéndose con posterioridad habilitado a los gobernadores provinciales a establecer excepciones en el ámbito de sus jurisdicciones y previo cumplimiento de una serie de recaudos fijados tanto por la autoridad sanitaria local como por las autoridades nacionales (28). No obstante esto, lo cierto es que, al momento en que estas líneas son escritas, se mantiene la estructura básica del régimen en cuestión, así como la casi totalidad de las medidas allí impuestas.

En adición a las prohibiciones y restricciones que han sido antes relatadas sin ninguna pretensión de exhaustividad, también debe tenerse presente que el funcionamiento de los tres poderes del Estado —cuando menos, en todo aquello que tiene vinculación con la atención y la protección de los derechos de los ciudadanos— fue sensiblemente afectado por decisiones adoptadas con motivo de la emergencia sanitaria.

Así, en lo referente a la Administración Pública Nacional, primero se confirió una licencia preventiva a todos aquellos agentes y funcionarios que estuvieran incursos en alguno de los supuestos contemplados en el art. 7º del dec. 260/2020 (v.gr., infectados, provenientes de zonas afectadas, contactos estrechos de afectados, etc.) (29), seguido de una dispensa temporal del deber de asistencia a su lugar de trabajo, y siempre

que no revistiesen en áreas esenciales o críticas o de prestación de servicios indispensables, a fin de que realicen sus tareas habituales u otras análogas en forma remota en acuerdo con sus empleadores (30), para pasar, luego de un asueto temporario para cumplir con la primera etapa del aislamiento, a la obligada abstención de concurrir a sus lugares de trabajo, debiendo realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente (31). De la obligación de aislamiento obligatorio impuesta por el dec. 297/2020, solo quedaron excluidas las autoridades administrativas superiores y aquellos empleados necesarios o convocados para cubrir las actividades consideradas esenciales (32). La atención presencial al público fue suspendida al igual que los plazos procedimentales, excluidos los relativos a las actuaciones labradas con motivo de la emergencia sanitaria (33). Evidentemente, el derecho fundamental de los ciudadanos a exigir una “buena administración” (34) ha quedado claramente afectado por estas medidas.

En lo tocante al Poder Legislativo, sabido es que tanto el Senado como la Cámara de Diputados de la Nación adhirieron al régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio dictado por el Poder Ejecutivo Nacional (35), motivo por el cual quedó suspendida toda actividad legislativa —más allá de algunas labores de comisión que se hicieron virtualmente— y que solo luego de que la Corte Suprema fallara en el caso “Fernández de Kirchner” (36), resolviendo que el Senado tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, procedieron ambas cámaras a aprobar las disposiciones pertinentes para habilitar la posibilidad de sesionar por vía remota (37).

En lo que respecta al Poder Judicial, la Corte Suprema, como cabeza del dicho poder del Estado, desde el dictado del dec. 260/2020 acompañó mediante diversas acordadas las medidas sanitarias adoptadas por el Poder Ejecutivo (38). Así, con motivo de la imposición del aislamiento social, preventivo y obligatorio, dispuso “feria extraordinaria” respecto de todos los tribunales federales nacionales y demás dependencias integrantes del Poder Judicial de la Nación,

extensible por el mismo lapso que exija el aislamiento dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, habilitó la realización de aquellas actividades judiciales que no admitieran demora —así como las relativas a asuntos de caracterizada urgencia y sensibilidad (v.gr., ciertas cuestiones penales, asuntos de familia, violencia familiar, asuntos migratorios, amparos de salud, etc.)—, delegó en las respectivas cámaras de apelaciones y/u órganos de superintendencia competentes la adopción de las medidas que resultasen necesarias para conjugar la actividad judicial con las medidas sanitarias dispuestas por el Estado Nacional (v.gr., turnos, guardias, dotaciones mínimas de personal, etc.) y autorizó el trabajo “en el hogar” por parte de aquellos magistrados, funcionarios y empleados que no fuesen llamados a prestar servicios en los tribunales de guardia (39). Asimismo, habilitó a que, por vía electrónica y remota, se disponga la libranza de órdenes judiciales de pago respecto de ciertos créditos considerados de naturaleza alimentaria (40) y a que se utilice la firma electrónica y digital por parte de todos los magistrados y funcionarios del Poder Judicial que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial (41). Más allá de estas últimas medidas, lo cierto es que —cuando menos en el fuero contencioso administrativo federal— los tribunales han propiciado un criterio en exceso restrictivo respecto de los pedidos de habilitación de feria que, por lo menos en nuestra opinión, ha derivado en una sensible restricción a la tutela judicial efectiva (42).

III. Emergencia sanitaria, constitución y Estado de Derecho. El Estado Sanitario y Administrativo de Excepción

De lo expuesto en el apartado anterior surgen, cuando menos, dos circunstancias que a cualquier persona —sea o no versada en ciencias jurídicas— le llama la atención: la primera, que se tratan de medidas que afectan severamente y de un modo inédito una gran cantidad de derechos o libertades básicas y, la segunda, que dichas medidas encuentran su fuente no en leyes sancionadas por los representantes del pueblo sino, exclusivamente, en reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional y, a partir de allí, por una gran pléyade de funcionarios administrativos de las más diversas jerarquías y competen-

cias. La cuestión que inmediatamente surge es preguntarse si todo ello tiene, o no, suficiente respaldo en la Constitución Nacional y en el modelo de Estado de Derecho por ella consagrado.

Sobre el particular, no está de más tener presente que —como bien lo ha dicho Rivero— la exigencia de sometimiento a la legalidad que entraña todo Estado de Derecho es más exigible a la “administración tentacular moderna” que al viejo y extinguido Estado gendarme decimonónico en cuyo seno tuvo nacimiento esa vital institución (43). Esto, a su vez, ha sido recientemente confirmado por la Corte Suprema al sostener, en el caso “Fernández de Kirchner”, que “las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho” (44).

Ahora bien, hasta el momento, los análisis doctrinarios y los cuestionamientos judiciales se han centrado, sustancialmente, en determinar si los decretos de necesidad y urgencia que hemos relatado se ajustan, o no, a los presupuestos y los límites que establece el art. 99, inc. 3º, de la CN, o bien, si las medidas allí adoptadas son o no razonables (45). Desde ya que se trata de aspectos esenciales que, necesariamente, deben ser minuciosamente analizados en el caso. No obstante, entendemos que las particularidades de esta autodenominada “emergencia sanitaria” aconsejan realizar un análisis más amplio, dentro de una visión de conjunto del régimen constitucional y del modelo de Estado de Derecho adoptado.

En efecto, la Constitución Nacional es más que un instrumento que atribuye competencias a los poderes públicos, fijando los límites con que ellas deben ejercerse. La Constitución establece un sistema de poderes que, por naturaleza, son limitados en garantía de los derechos fundamentales de las personas (46). Son estas y no los poderes públicos, las verdaderas destinatarias de todo sistema constitucional (47). Es que —hay que entender— el Estado no es una realidad sustancial, sino que es un todo práctico de orden en cuyo seno los individuos y los grupos intermedios desarrollan su existencia como partes de una unidad (la sociedad política) autosuficiente y necesaria para lograr el bien común (48). De allí que sean las personas y sus derechos fundamentales anteriores al ordenamiento positivo y al

{ NOTAS }

accesible a través del sitio web <https://regresoacasa.argentina.gob.ar>, creada por res. conj. MT - MI 2/2020 y en materia de asistencia a adultos, la aprobada mediante res. MDS 133/2020, entre muchas otras.

(24) Sobre el particular, véase respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires www.buenosaires.gob.ar/coronavirus/solicitud-de-permiso-de-transito-durante-emergencia-por-coronavirus#ListadoPermisos.

(25) Conf. res. MI 48/2020 y dec. adm. JGM 446/2020. Para la nómina de “permisos” exigibles —cuando menos, al momento en que se escriben estas líneas— confrontar www.argentina.gob.ar/coronavirus/aislamiento/provincias.

(26) Res. conj. MT - MI 3/2020.

(27) Conf. decs. adms. JGM 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020 y 703/2020.

(28) Ello, conf. dec. 408/2020.

(29) Res. JGM 3/2020 y dec. adm. JGM 373/2020.

(30) Dec. adm. JGM 390/2020.

(31) Dec. 325/2020 y sus prórrogas.

(32) Por ejemplo, personal sanitario, fuerzas de seguridad y armadas, personal migratorio, servicio meteorológico nacional, control de tráfico aéreo, personal diplomático y consular, personal funerario y afectado a obras públicas, etc.

(33) Dec. 298/2020 y sus sucesivas prórrogas.

(34) El derecho a una buena administración como derecho fundamental de las personas está consagrado en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10/10/2013, disponible en <https://o.clad.org/images/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20del%20Ciudadano%20en%20Relacion%20con%20la%20Administracion%20Publica.pdf>. Sobre el derecho fundamental a una buena administración, véase, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “De-

recho Administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública”, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho; GALLI BASUALDO, Martín, “La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, cap. II.

(35) La Cámara de Senadores lo hizo mediante res. RSA 548/2020 y la de Diputados mediante res. pres. 615/2020. Cabe señalar que ya días antes de que el Poder Ejecutivo Nacional dictase el dec. 297/2020, las presidencias de ambas Cámaras habían dispuesto la exención del deber de asistencia respecto de todos los trabajadores del cuerpo, adoptando la modalidad de trabajo remoto, conf. Senado, res. RSA 487/2020 y Diputados, res. pres. 611/2020, respectivamente.

(36) Fallo del 24/04/2020, causa CSJ 353/2020/CSI

(37) Al respecto, téngase presente que la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, que tiene a su cargo el control de los reglamentos de necesidad y urgencia de conformidad con la ley 26.122, recién se reunió en forma virtual el día 28/04/2020 para tratar los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia, conf. www.hcdn.gob.ar/comisiones/noticias/2017/noticia_218.html. En lo relativo a la Cámara de Senadores, con fecha 4 de mayo, se aprobó la res. pres. DP 0008/2020 y en lo tocante a la Cámara de Diputados, el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto fue aprobado en Comisiones el 29 de abril, quedando pendiente, en ambos casos, su aprobación por el plenario de las respectivas Cámaras.

(38) Acs. 3/2020 y 4/2020.

(39) Ac. 6/2020.

(40) Ac. 9/2020.

(41) Acs. 11/2020 y 12/2020.

(42) Así, véase, por ejemplo, CNFed. Cont. Adm., sala de feria A, 05/05/2020, “Consorcio de propietarios Quartier Libertador con frente a la calle Maure 1529/39/41 esquina Libertador 4802/12/14 c. Edenor SA s/expres-

piación - servidumbre administrativa”; 24/04/2020, “Kinbaum, Alfredo M. y otros c. Estado Nacional - M. de Salud de la Nación s/amparo ley 16.986”; 17/04/2020, “BCT SRL c. EN - AFIP s/inc. de medida cautelar”, incidente nro. 1; 15/05/2020, “Mantyc SRL y otros c. Estado Nacional - Ejército Argentino y otro s/contrato de obra pública”; 08/04/2020, “Patane, María Silvia s/amparo por mora”, rec. queja nro. 1; 04/04/2020, “Estado Nacional - DNM c. Chen, Shihai s/medidas de retención”; 06/04/2020, “World Games SA c. PEN - AFIP s/medida cautelar”; 06/04/2020, “Díaz, Carlos J. c. EN - PJA s/amparo ley 16.986”; 06/04/2020, “Bingo Ramallo SA c. PEN - AFIP s/medida cautelar (autónoma)”, entre otros. Por lo contrario, habilitando la feria judicial, pueden verse los casos 24/04/2020, “Martín, Mirta L. c. Estado Nacional - Ministerio de Transporte de la Nación s/medida cautelar (autónoma)” y 29/04/2020, “The Steakhouse SA s/amparo ley 16.986”, rec. queja nro. 1.

(43) RIVERO, Jean, “L’État moderne peut-il être encore un État de droit?”, *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957, ps. 66-101, en especial, p. 97.

(44) CS, “Fernández de Kirchner”, cit., consid. 17, voto de la mayoría.

(45) En jurisprudencia, véase, p. ej., CFed. Tucumán, 28/04/2020, “Calabró, Silvia A.”; CFed. Posadas, 24/04/2020, “Irigoyen Cundom, Arturo J.”; CFed. San Martín, sala I, 18/04/2020, “P., G. s/hábeas corpus”; CNac. Crim. y Correcc. Capital Federal, sala de hábeas corpus, 21/03/2020, “K. P. s/hábeas corpus”; CPenal, Contravencional y Faltas Ciudad de Buenos Aires, sala de turno, 28/03/2020, c. 8035/2020-0 (hábeas corpus); id. 02/05/2020, c. 9849/2020; id. 31/03/2020, c. 8054/2020-0, entre otras. Su tratamiento en la doctrina, véase BARRA, Rodolfo C., “La cuarentena, una medida para enfrentar la guerra desarmada”, en www.infobae.com/opinion/2020/03/21/la-cuarentena-una-medida-para-enfrentar-la-guerra-desarmada; BALBÍN, Adolfo, “Acerca de la constitucionalidad del decreto de necesi-

dad y urgencia que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la crisis del COVID-19”, LA LEY, 21/04/2020, cita online: AR/DOC/1095/2020; BOICO, Roberto, “Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio”, LA LEY, 06/04/2020, cita online: AR/DOC/825/2020; WERNER, Alexis, “Cuando la emergencia sanitaria es verdaderamente un estado de ‘necesidad y urgencia’: ¿respetan las pautas constitucionales los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 274/2020 y 297/2020?”, LA LEY, *Sup. Const.* 07/04/2020, cita online: AR/DOC/899/2020; ITALIANO, Matías A., “De la constitucionalidad del aislamiento social, preventivo y obligatorio”, LA LEY, 02/04/2020, cita online: AR/DOC/824/2020; entre otros.

(46) CS, “Bussi”, Fallos 330:3160 y “Peláez”, Fallos 318:1967, entre otros.

(47) Ha dicho la Corte en el caso “Paz” que “para los autores de nuestra Carta Fundamental las garantías de las libertades civiles se orientaron principalmente contra las interferencias del estado y contra los excesos del poder frente a los particulares” (Fallos 312:1882). En el caso “Carodozo”, dijo que “La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes los beneficios de la libertad” (Fallos 310:57). A su vez, en el caso “Peláez” ya citado, sostuvo: “Hay, en todo esto, bases esenciales que tienden, en definitiva, a ‘asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres de mundo que quieran habitar el suelo argentino’ (Preámbulo). Dicha libertad no solo se vería amenazada cuando los poderes ejercieran facultades no concedidas, sino también cuando las concedidas fueran ejercidas por poderes extraños a la concesión. Si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno, y la separación de los órganos en los que fue depositado” (consid. 9º).

(48) CASTAÑO, Sergio R., “Notas para una fundamentación finalista del poder político. Una reflexión aristotélica”, *Revista de Derecho*, Vol. XII, 2001, Santiago de Chile, p. 84.

Es un *Estado Sanitario* puesto que todas las decisiones que se adoptan a su amparo, aun cuando no instrumenten medidas estrictamente sanitarias, pretenden estar justificadas y orientadas a proteger la salud pública o en mitigar o remediar los efectos de la pandemia en la vida nacional. Es claro que tales medidas exigen, a su vez, adoptar un número aun mayor de medidas adicionales para enfrentar, en múltiples ámbitos, los nuevos problemas que aparecen como consecuencia de aquellas. No obstante, existe el riesgo de que se camuflen a su amparo decisiones de tipo paternalista, convirtiendo al Estado en una suerte de “ogro terapéutico” según la feliz expresión de Bandieri (81), o bien decisiones que poco o nada tengan que ver con la salud pública, lo que constituiría, en todos los casos, claros supuestos de desviación de poder. A su vez, la historia demuestra que al amparo de la protección de la salud pública se han cometido muchas violaciones a los derechos fundamentales de las personas (82) y no podemos darle la espalda a eso.

Es un *Estado Administrativo* puesto que todo el rol estatal descansa y depende del aparato administrativo, puesto que es quien tiene el contacto cotidiano con la realidad y está mejor capacitado para tratar con los problemas prácticos y concretos que se presentan en el estado de excepcionalidad (83). Es, así, un Estado que aplica en casos particulares las normas que él mismo dicta y que, autoatribuyéndose toda clase de facultades, confiere enormes dosis de discrecionalidad, tanto de elección, de planeación como de pronóstico (84), solo limitada, en algunos casos, por conceptos jurídicos indeterminados. A los fines de fijar las reglas de comportamiento de las personas y organizaciones, recurre tanto a normas imperativas (*hard law*) como a normas de una imperatividad atenuada (*soft law*) (85), tales como guías, recomendaciones, protocolos de actuación (86), etc. Su presencia en la vida económica es patente, actuando con las tres clásicas formas de intervención: fomento, policía y servicio público (87). Podemos decir que, en el Estado de Excepción, todo es derecho administrativo.

El riesgo que se corre con este modelo de *Estado Administrativo* es que sea un primer mojón en una tendencia a administrar la vida social y económica, anulando la autonomía individual y la de los cuerpos intermedios, olvidando que lo que debe guiar su actuación es el principio

de subsidiariedad, respetando que sean los grupos menores quienes, sin compromiso del bien común, lleven adelante sus iniciativas particulares (88). El importante rol que ha tenido gran parte del sector privado en la pandemia (v.gr., produciendo y suministrando insumos, bienes y servicios que son esenciales para la continuidad de la vida en las actuales condiciones) muestra la innegable necesidad de contar con una sociedad civil vigorosa puesto que, además, como en su momento lo señaló Tocqueville, una asociación industrial y comercial robusta “es un ciudadano ilustrado y poderoso que no se puede sujetar a voluntad ni oprimir en las tinieblas y que, al defender sus derechos particulares contra las exigencias del poder, salva las libertades comunes” (89).

IV. Breves consideraciones sobre el control judicial en el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción

Es sabido que un componente esencial de cualquier Estado de Derecho es el control jurisdiccional de la Administración; sin él, es una fórmula vacía (90). De allí que, si se quiere jurisdiccionalizar a la Administración del Estado Sanitario y Administrativo de Excepción, resulta imperioso abordar el *quid* del control judicial en esta materia.

Hemos visto que una de las características de esa Administración es que las normas le confieren altos grados de discrecionalidad, amén que, en materia sanitaria, es muy difícil contar con certezas científicas que permitan limitar tal discrecionalidad. Pero ello no puede ser un óbice para que los tribunales puedan efectuar un control judicial suficiente de dicha actividad.

De allí que cobra especial relevancia el control judicial a través del principio de proporcionalidad (91), al que explícitamente ha remitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su declaración sobre el COVID-19 y a la que ya hiciéramos referencia, al señalar que las medidas que adopten los Estados para combatir la pandemia deben ser “razonables, estrictamente necesarias y proporcionales”.

El llamado “juicio de proporcionalidad” (92) históricamente se originó como mecanismo de control judicial de la policía administrativa decimonónica (93), habiendo tenido su mayor desarrollo en el campo de protección de los de-

rechos fundamentales, especialmente a partir de su reformulación por la jurisprudencia y la doctrina alemanas (94). Luego se propagó por el continente europeo, donde fue considerado un método de control de la discrecionalidad administrativa interventora (95), y de allí llegó a Iberoamérica, si bien corresponde aclarar que en el caso de la Argentina muchos de sus elementos se encontraban ya presentes en el control de razonabilidad que, desde antaño, había sido elaborado pretorianamente por la jurisprudencia y desarrollado por la doctrina (96).

La proporcionalidad, entendida como recaudo de validez de la acción administrativa, implica que toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos, para ser legítima, debe ser *idónea, indispensable y proporcionada* en sentido estricto (97). Así, este principio se compone, a su vez, de tres subprincipios: a) el subprincipio de adecuación, b) el subprincipio de necesidad y c) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (98).

El subprincipio de adecuación supone evaluar si la medida dictada por el Estado es capaz de causar la finalidad que se dice perseguir. Dicho en otros términos, supone un juicio de “idoneidad” acerca de la medida enjuiciada en función del fin establecido por la norma (99) o bien un juicio de su eficacia, entendiéndose que una decisión es eficaz cuando sirve al propósito al cual estaba enderezada (100).

El subprincipio de necesidad supone examinar si la medida adoptada por la autoridad es la menos restrictiva de los derechos del particular de entre otras igualmente eficaces. Exige, en definitiva, analizar si el medio escogido constituye el “menos gravoso” respecto del derecho afectado (101) o, dicho de otra forma, verificar si la medida escogida se limita o no a restringir el derecho en lo necesario para el logro de la finalidad perseguida (102). Consiste, a diferencia del juicio de idoneidad —que se basa en una determinación bilateral exclusiva de medios y fines— en un análisis plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos, de modo tal que, primero, se compara cada medio posible con el fin y, después, la comparación tiene lugar entre el medio escogido y los medios alternativos no escogidos por la autoridad (103). El juicio de necesidad supone un juicio de eficiencia (104).

El tercer subprincipio que integra el test de proporcionalidad es el llamado de “proporcionalidad en sentido estricto”. En su formulación general, suele entenderse que este juicio supone *balancear*, por un lado, los beneficios que representa para el bien común la medida adoptada y, por otro, la restricción impuesta a los derechos por ella, de forma tal que pueda concluirse en que los medios guardan una *relación razonable* con el fin buscado (105).

No es este el lugar ni el momento para efectuar un análisis detenido de todas las cuestiones que suscitan los mencionados subprincipios; para ello, remitimos a un trabajo anterior donde hemos reflexionado sobre el tema con mayor profundidad (106). Lo que sí nos parece de relevancia destacar aquí es que la clave de la eficacia del control judicial a través del principio de proporcionalidad descansa en el subprincipio de necesidad o de medio menos restrictivo, ello por cuanto solo aplicando este escrutinio estricto el Estado puede verse forzado a tener que evaluar los medios alternativos existentes antes de disponer la afectación de los derechos particulares. Quitar al principio de proporcionalidad este fundamental análisis importará que solo soluciones notoriamente arbitrarias, inadecuadas o desproporcionadas puedan ser invalidadas, manteniendo aquellas que sacrifican, con exceso, derechos fundamentales y convirtiendo así el principio en una “espada sin filo” (107).

La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, como regla general, ha rechazado la procedencia de este control estricto puesto que ha afirmado que no le corresponde al Poder Judicial determinar si debieron elegirse esos u otros medios diferentes a los adoptados en definitiva por el poder público (108). Ese criterio deferente se ha incrementado cuando lo que se debía revisar eran regulaciones dictadas al amparo de normas de emergencia (109). El tribunal solo admite efectuar un escrutinio estricto cuando los derechos que están en juego son las llamadas “libertades preferidas”, es decir, casos como los que afectan a los grupos de personas denominadas “vulnerables” y los derechos políticos y sociales, el derecho a la información, intimidad, no discriminación, autonomía personal y libertad de expresión (110).

Bajo estas pautas, solo algunos supuestos de las regulaciones emitidas en el estado de

{ NOTAS }

(81) BANDIERI, Luis M., “El ogro terapéutico”, *www.la-prensa.com.ar/488125-El-ogro-terapeutico.note.aspx*. El “ogro terapéutico” sería, así, una variante del “ogro filantrópico” que Octavio Paz identificara con el Estado mexicano.
 (82) Véase SEITÚN, Diego, “Coronavirus. Restricciones a la libertad en una pandemia”, *La Nación* del 22/04/2020. Al respecto, véanse, por ejemplo, los casos resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos respecto de la vacunación obligatoria (“Jacobson v. Massachusetts”, 197 US 11, 1905) y sobre esterilización eugénica forzada (“Buck v. Bell 274 US 299, 1927).
 (83) CS, “Práctico”, Fallos 246:345; “Peralta”, Fallos 313:1513. Schmitt decía: “el Estado Administrativo, en el que ni el gobierno de los hombres ni el imperio de las normas es soberano, sino en el cual y según la célebre fórmula ‘las cosas se administran por sí mismas’. Aun cuando constituye una utopía, es perfectamente concebible un Estado Administrativo cuya expresión específica lo constituye la adopción de medidas tan solo en atención a la naturaleza de las cosas, a la vista de una situación concreta y con puntos de vista objetivos y prácticos” (SCHMITT, “Legalidad...”, ob. cit., p. 7).
 (84) Sobre las diferentes especies de discrecionalidad, véase BULLINGER, Martín, “La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial”, en LA LEY (España) 1987, nro. 4, ps. 896-911.
 (85) Sobre la *soft law* en materia administrativa, véase SARMIENTO, Daniel, “El *soft law* Administrativo”, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
 (86) Así, p. ej., véase decs. adms. JGM 483/2020, 516/2020, 591/2020, 663/2020, 702/2020 y res. conj. MS-MDS 2/2020, entre muchas otras.
 (87) Es interesante destacar que por medio de la com. A 6942, el Banco Central de la República Argentina impuso la obligación de mantener operativa toda la infraestructura de pagos electrónicos, mientras dure el aislamiento orde-

nado mediante dec. 297/2020. En buen romance, a través de una circular administrativa se impusieron “cargas de servicio público” a operadores privados.
 (88) Conf. PÍO XI, “Carta Encíclica *Quadragesimo anno*”, AAS 23 (1931) 203; JUAN PABLO II, “Carta Encíclica *Centesimus annus*”, 48: AAS 83 (1991), ps. 852-854; *Catecismo de la Iglesia Católica*, parágr. 1883.
 (89) TOCQUEVILLE, Alexis de, “La democracia en América”, Ed. FCE, México, 1996, p. 637.
 (90) RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., “El genio expansivo del Estado de Derecho”, RAP, 47, Madrid, 1965. La Corte Suprema, en el célebre caso “Pérez de Smith” (Fallos 300:1282), señaló que “La plenitud del estado de derecho, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciaabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos”.
 (91) Sobre el particular, véase el interesante trabajo de YLARRI, Juan S., “Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus”, en *La Tutela de la Salud Pública*, IJ-CMXV272.
 (92) Así, LÓPEZ GONZÁLEZ, José I., “El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988, p. 117; BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, RAP, 135, sept.-dic. 1994, p. 496; CLÉRICO, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, ps. 25 y ss.; CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., p. 27, entre otros.
 (93) El principio habría tenido su origen en la jurisprudencia de la Sup. Corte Administrativa de Prusia de fines del siglo XIX; conf. SINGH MAHENDRA, Germán, “Administrative Law in Common Law Perspective”, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1985, p. 88; CURRIE, David P., “The Constitution of the Federal Republic of Germany”, The University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 20.
 (94) Así, ALEX, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. e introd. de C. Bernal Pulido, 2ª ed., ps. 92 y ss.; KOEMMERS, Donald P., “The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany”, Duke University Press, Durham & London, 1997, 2ª ed., p. 46; HESSE, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA - MAIHOFER - VOGEL - HESSE - HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, 2ª ed., p. 110; AUTEXIER, Christian, “Introduction au Droit Public Allemand”, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 107; CURRIE, ob. cit.; CLÉRICO, ob. cit., entre otros.
 (95) Conf. SCHWARZE, Jürgen, “European Administrative Law”, Sweet & Maxwell, London, 1992, ps. 726 y ss.; BARNES, ob. cit., p. 508; BLANKE, Hermann J., “El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano”, RDA 2009, ps. 605 y ss.
 (96) La Corte Suprema ha señalado que “la actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad” (“El Panamericano”, Fallos 304:721). En doctrina, es imperativo referenciar la clásica obra de LINARES, Juan Francisco, “El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
 (97) Así, CIANCIARDO, ob. cit., p. 27; BARNES, ob. cit., p. 500. En esa línea, aunque con otros matices, ALEX, Robert, ob. cit.

(98) CIANCIARDO, ob. cit., p. 28.
 (99) CIANCIARDO, ob. cit., p. 64; SCHWARZE, ob. cit., p. 855; BARNES, ob. cit., p. 502; BLANKE, ob. cit., p. 605.
 (100) Así, SACRISTÁN, Estela B., “Control judicial de las medidas de emergencia (A propósito del análisis costo-beneficio)”, en SCHEIBLER, Guillermo (coord.), *El Derecho Administrativo de la emergencia*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, vol. IV, p. 113.
 (101) Conf. CIANCIARDO, ob. cit., ps. 82 y 83.
 (102) Así, BLANKE, ob. cit., p. 606; en similar sentido, BARNES, ob. cit., p. 505.
 (103) Conf. CIANCIARDO, ob. cit., p. 95.
 (104) *Ibid.*
 (105) Así, SCHWARZE, ob. cit., p. 855; BARNES, ob. cit., p. 507; BLANKE, ob. cit., p. 606. En la doctrina argentina, haciéndose referencia a este subprincipio como el que propugna una *relación razonable* entre los medios y el fin perseguido, conf. CIANCIARDO, ob. cit., p. 107.
 (106) AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica”, en AA.VV., *Control Público y acceso a la justicia*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2016, ps. 333-339.
 (107) BLANKE, ob. cit., p. 615
 (108) En este sentido, “Compañías Swift de la Plata SA -Frigorífico Armour de la Plata” (Fallos 171:349); “Inchauspe” (Fallos 199:483); “Cine Callao” (Fallos 199:530); “Grupo Clarín” (Fallos 336:1774), entre otros.
 (109) P. ej., “Peralta”, Fallos 313:1513; “Bustos”, Fallos 327:4495. Sobre esta cuestión, véase, YLARRI, ob. cit.
 (110) Sobre el particular, puede compulsarse con provecho, BIANCHI, Alberto, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Revista Régimen de la Administración Pública* 146, 1991, ps. 7 y ss.; TOLLER, Fernando - D’ELÍA, Daniel

excepción serán pasibles de un control penetrante por parte de los tribunales; ello, en la medida en que la regulación afecte alguna de las libertades y derechos preferentes que mencionamos antes (11). No obstante, para los demás casos (lo que incluye los derechos económicos), las perspectivas son de mantenimiento del estándar tradicional de control. Por otra parte, este control deferente parece haber sido el criterio que hasta el momento han aplicado los tribunales cuando han tenido que revisar la razonabilidad de las medidas dictadas en el marco de la excepción. De todos modos, no puede descartarse que, a medida que transcurra el tiempo y la situación comience a ser más previsible y manejable, los jueces puedan

cambiar de opinión, toda vez que aquello que pudo considerarse “razonable” al inicio del estado de excepción puede que ya no lo sea tres o cuatro meses después (112).

En definitiva, lo que exige el Estado de Derecho es que el control judicial sea suficiente y eficaz (lo que supone verificar que se restrinja, en lo mínimo necesario, los derechos de las personas) y que, en lugar de buscar hacer primar un derecho sobre otro, persiga la debida armonización entre ellos. Jerarquizar derechos supone, al final del día, jerarquizar personas (113). Y la historia nos ha demostrado, con más de un trágico ejemplo, hacia dónde puede llevar esa pretensión.

{ NOTAS }

– FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel, “Prevenir es curar. Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado”, cita online 0003/015374; SANTIAGO, Alfonso, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas Perspectiva argentina y comparada”, cita online: AR/DOC/3040/2014; SAPAG, Mariano, “Interpretación cons-

titucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, cita online: 0003/015506; MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las “categorías sospechosas”: Una visión jurisprudencial”, LA LEY, 2016-F, 872, cita online: AR/DOC/3479/2016; SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELÍAS,

V. Epílogo

La pandemia, como toda circunstancia que nos coloca ante la finitud de nuestra existencia, genera miedo, pero el miedo —bien se lo ha dicho— “es el peor enemigo a nuestra forma de vida, nuestras libertades y nuestro régimen político” (114) puesto que es capaz de neutralizar nuestras razones y de exacerbar nuestras pasiones. Por eso no debemos dejarnos llevar por él y, en especial, correr la vista de los fenómenos que, a su amparo, pueden —siempre guiados por las “buenas razones”— afectar nuestras libertades y nuestro régimen político.

Urge que los otros dos poderes del Estado ejerzan las competencias y los controles que

constitucionalmente les corresponde ejercer. Resulta imperioso que el Congreso otorgue una cobertura legislativa a este estado de excepción, que no sea una simple “aprobación” de los reglamentos dictados hasta el momento, y que los tribunales ejerzan un control judicial suficiente de la actividad administrativa.

Tengamos en cuenta que la efectiva vigencia de los derechos fundamentales exige el restablecimiento del Estado de Derecho. Porque sin Estado de Derecho, no hay Estado ni derechos posibles.

Cita online: AR/DOC/1639/2020

La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria

Alfonso Buteler (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La emergencia sanitaria por el COVID-19.— III. Análisis constitucional de la declaración de emergencia sanitaria.— IV. La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria.— V. Sesiones digitales del Congreso, decretos de necesidad y urgencia y pandemia.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Como se sabe, la regulación y conceptualización de las situaciones de anormalidad no ha sido uniforme en el derecho comparado. Así, existen sistemas jurídicos que se refieren a la “emergencia”, como el sistema anglosajón y el argentino, mientras que en otros países, tales como Alemania, Portugal (1) o España (2), se ha acudido con habitualidad a la voz “estado de excepción” para indicar la situación del funcionamiento anómalo del sistema jurídico (3).

En Francia, en cambio, se alude al “estado de urgencia” (*état d'urgence*), conforme a la ley 55/385, del 03/04/1955, que puede ser aplicado alternativamente al estado de sitio en aquellos supuestos de peligro inminente resultante de violaciones graves del orden público o en caso de emergencia, por su naturaleza y gravedad, o de calamidad pública.

Cabe destacar que la emergencia importa la sustitución de un estado normal por uno anormal (4), pero siempre dentro del esquema institucional regido por la Ley Fundamental. Esta afirmación es digna de ser subrayada, dado que existe el riesgo de pensar que la emergencia puede darse fuera del ámbito constitucional, tal como lo demuestran muchos ejemplos de nues-

tro país y del extranjero. Es que, como dijo la Corte Suprema en el caso “Perón” (5), la emergencia no da herramientas que la Constitución no acuerda.

Resulta relevante destacar que lo que caracteriza a dicho instituto es que impone o requiere una solución que de no tomarse por la autoridad pública producirá un riesgo o un daño para la comunidad toda (6).

La emergencia, además, produce un acrecentamiento de facultades de los poderes estatales y particularmente del Ejecutivo y, correlativamente, un descaecimiento o restricciones de los derechos y garantías individuales de los ciudadanos (7).

A partir de esa base conceptual, el presente trabajo tiene por objeto analizar la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de COVID-19 y el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo de la Nación.

II. La emergencia sanitaria por el COVID-19

Realizada esa breve introducción, cabe ahora describir, brevemente, el marco jurídico que ha dado lugar a la declaración de emergencia por la pandemia del denominado coronavirus.

A tales fines realizaremos un breve recorrido por las principales normas que se han dictado.

En primer lugar, debemos mencionar la ley 27.541 (8). Mediante dicho cuerpo normativo se dispuso: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31/12/2020”.

Allí se reguló expresamente la emergencia sanitaria, pero referida a otras cuestiones (9), sin incluir lo respectivo a la pandemia generada por el COVID-19, dado que a la sanción de ese cuerpo legal ello no aparecía como un problema para la República Argentina.

Asimismo, se establecieron en el art. 2º las bases de la delegación a los fines del dictado por parte del presidente de la Nación de los decretos delegados (10), conforme lo autoriza el art. 76 de la CN.

Posteriormente, ante la situación de pandemia global y el silencio del Congreso Na-

cional, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020 (11), mediante el cual dispuso lo siguiente: “Amplíase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”.

Como puede apreciarse, a través del mencionado decreto se dispuso la ampliación de la emergencia que, como vimos, había sido declarada por el Congreso mediante la ley 27.541.

Es importante destacar que, en los considerandos del decreto, se justifica el dictado de ese instrumento normativo en la circunstancia siguiente: “Que la evolución de la situación epidemiológica exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes”.

A partir de ello, y como veremos seguidamente, el DNU 260/2020 se aparta de las previsiones de la Constitución Nacional, lo que lo convierte en inválido. Es que, como ha dicho Pérez Hualde, el DNU que no cumple con lo que

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC). Secretario de Investigaciones de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

- (1) Art. 19.
- (2) Art. 116.
- (3) NEGRETTO, Gabriel L., “El problema de la emergencia en el sistema constitucional”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 17, nota 1.
- (4) CARRANZA TORRES, Luis R., “La caracterización constitucional de la emergencia”, ED 199-915.
- (5) Fallos 238:76 (1957).
- (6) SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, LA LEY, 1990-D, 1036.
- (7) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Las emergencias y el

orden constitucional”, Rubinzal-Culzoni - Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 7.

- (8) BO del 23/12/2019.
- (9) El art. 64 de la ley 27.541 dice: “En el marco de la emergencia sanitaria declarada en el art. 1º de la presente ley, manteniéndose la prioridad prevista para los programas del Ministerio de Salud establecidos por el art. 1º del dec. 450 del 07/03/2002, sustituido por el dec. 1053 del 19/06/2002 o los que los reemplacen para el Ejercicio 2020: Programa 17 -Subprograma 1 - Plan Nacional a favor de la Madre y el Niño, en la parte correspondiente al inc. 5º - Transferencias y los Programas 22 - Lucha contra el VIH; 24 - Detección y Tratamiento de Enfermedades Crónicas No Transmisibles y Conductas Adictivas y 30 - Emergencias Sanitarias, en las mismas condiciones y con los mismos alcances, y asignase prioridad al Programa 20 - Prevención y Control de Enfermedades Inmunoprevenibles, Programa 29 - Cobertura Universal de Salud - Medicamentos, Programa 45 - Prevención y

Control de Enfermedades Crónicas No Transmisibles, o los que los reemplacen, en lo que corresponde al inc. 2º - Bienes de Consumo”.

- (10) Dicha norma dispone lo siguiente: “Establécense las siguientes bases de delegación: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos; b) Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos; c) Promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas; d) Crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) Fortalecer el

carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos; f) 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; g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales”.

(11) BO del 12/03/2020.

establece el art. 99, inc. 3º, se encuentra fuera de la Carta Magna (12).

III. Análisis constitucional de la declaración de emergencia sanitaria

En lo que se refiere a la declaración de la emergencia sanitaria por parte del Poder Ejecutivo Nacional, debemos señalar que la plataforma normativa mediante la cual se implementó resulta, a todas luces, inconstitucional, en virtud de la violación del principio de legalidad. Ello, dado que no resulta posible la declaración o ampliación de la emergencia mediante un DNU.

Cabe recordar que la declaración de emergencia constituye materia exclusiva del Congreso Nacional y debe instrumentarse mediante una ley formal. Es que, más allá de otros principios (13) que gobiernan la emergencia, esa materia se encuentra alcanzada por el principio de legalidad. Pues, como ha dicho importante doctrina, la regulación de esa materia le corresponde al Congreso (14).

Tal conclusión no solo es una consecuencia del art. 14 de la Ley Fundamental, que solo permite regular los derechos constitucionales mediante leyes, sino que surge de manera incontestable del art. 76, cuando se refiere a la necesidad de que exista una ley que declare la emergencia (15).

Es importante remarcar que mediante la Opinión Consultiva 6/86 la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la palabra “leyes” en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes.

Así surge también de la jurisprudencia de la Corte Suprema dictada en el caso “Ercolano” (16), donde se apuntó que es el órgano legisferante quien se encuentra autorizado para reglamentar los derechos de los particulares en las épocas de emergencia.

En igual sentido se pronunció luego en la causa “Russo” (17). Vale recordar que allí los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte dijeron: “El uso de la policía de emergencia requiere el cumplimiento de cuatro requisitos: a) situación de emergencia definida por el Congreso; b) persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país; c) transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales; d) razonabilidad del medio elegido por el legislador, o sea adecuación de ese medio al fin público perseguido y respeto del límite infranqueable trazado en el art. 28 de la CN en orden a las garantías constitucionales”.

Vale destacar que la vigencia del principio de legalidad en materia de emergencia también es reconocida en el propio instrumento legal que estamos analizando, pues el DNU 260/2020, al ampliar la emergencia mediante una norma de rango legislativo, reconoce, en alguna medida,

la vigencia de ese principio. Es que, de lo contrario, podría haberlo realizado mediante un reglamento autónomo en los términos del art. 99, inc. 1º, de la CN.

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que no resulta constitucionalmente posible la ampliación de la emergencia previamente declarada por ley mediante el dictado de un DNU, lo que implica que el DNU 260/2020 es contrario a la Ley Fundamental.

Sobre el punto se ha dicho que “lo que no puede hacer el presidente es ampliar una ‘emergencia pública’, pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la ‘emergencia pública’ y delegar dentro de determinadas bases y dentro de un plazo facultades al Poder Ejecutivo. El presidente no podría ‘auto-delegarse’ funciones legislativas” (18).

IV. La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria

Analizada la cuestión relativa a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia, analizaremos seguidamente cuáles son los instrumentos previstos por la Carta Magna para que el Poder Ejecutivo pueda gobernar una situación de excepción.

IV.1. Decretos delegados

El art. 76 de la CN, luego de consagrar la regla que prohíbe el dictado de disposiciones de carácter legislativo al Poder Ejecutivo, estableció la posibilidad de la delegación legislativa del Congreso Nacional en el presidente en materia de emergencia pública y de administración bajo el cumplimiento de ciertos recaudos. Es decir, la reforma constitucional de 1994 habilitó el dictado de decretos delegados.

Con relación a las materias de administración, fue ardua la discusión acerca de lo que debía considerarse incluido en tal concepto jurídico. Sin embargo, fue el legislador el que vino posteriormente a precisar el alcance de esa disposición. Así, mediante el art. 2º de la ley 25.148 (19) se especificaron las que se consideran materias determinadas de administración, mencionándose entre ellas las siguientes: a) la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) la legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; y f) toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

Como puede apreciarse, se trata de una delimitación muy poco precisa, que amplía sobremedida los márgenes para que el Congreso Nacional delegue en el Poder Ejecutivo la regulación de numerosas cuestiones, invirtiendo la regla según la cual la delegación debe ser siempre excepcional, al modificar las reglas de competencia establecidas en la Ley Fundamental, y de interpretación restrictiva.

Con relación a la emergencia, el art. 76 deja en claro que la declaración del estado de excepción le corresponde al Congreso Nacional y que, a partir de ello, el Poder Legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la regulación de dicha situación excepcional mediante el dictado de decretos delegados. Como dijimos antes, entonces, en materia de emergencia rige el principio de legalidad (20).

Asimismo, en lo que se refiere a los límites materiales, la Corte Suprema ha dejado en claro que no puede haber delegación legislativa en cuestiones tributarias, dado que se trata de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso. En virtud de ello, consideró que resultaba inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237, en tanto autorizaba a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución (21).

En la misma línea se pronunció en la causa “Camaronera Patagónica SA” (22), al señalar lo siguiente: “debe enfatizarse, de manera correlativa, que ese valladar incommovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución”.

El límite del principio de legalidad en materia penal también impone la prohibición de delegación legislativa en el ámbito criminal y contravencional. En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema nacional —remitiendo al dictamen de la Procuración General— que no parece constitucionalmente válido que el Poder Ejecutivo, sin una delegación expresa de la ley, atribuya facultades sancionatorias a un organismo del Estado, toda vez que la imposición de tales medidas requiere la configuración de supuestos previstos, aunque fuere de modo genérico, por el legislador (23).

Para su legitimidad, el texto constitucional requiere, además de que la delegación verse sobre tales materias, que el Congreso Nacional determine un plazo para el ejercicio de tales facultades excepcionales.

Como puede apreciarse, los decretos delegados tienen cierta vocación de permanencia, dado que se otorgan mediante una norma general (ley delegante), pero siempre de manera limitada, pues si se admitiera la delegación *sine die* ello equivaldría al traslado competencial que implicaría una violación flagrante al sistema de división de poderes y a lo previsto en el art. 29 de la CN.

Por último, la disposición constitucional exige que el Congreso Nacional establezca las bases

de la delegación. Sobre este punto ha señalado la Corte que la delegación sin bases está prohibida y que cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Pues, según su criterio, “la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente” (24).

A su vez, en el art. 100, inc. 12, se añade como exigencia formal que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

A modo ilustrativo sobre el ejercicio de la delegación legislativa luego de su inclusión en el texto constitucional, puede traerse a colación la causa “Colegio Público de Abogados de Capital Federal” (25). En ese caso, la entidad profesional actora cuestionaba el dec. 1204/2001 por medio del cual se relevaba a los abogados del Estado de cumplir con la exigencia de inscribirse en la matrícula profesional establecida por la ley 23.187 y pagar el bono fijo allí establecido, pues, en su entendimiento, mediante el dictado de dicha disposición se habían ejercitado facultades de tipo legislativo.

La Corte consideró que la regulación del ejercicio profesional de la abogacía era una facultad de resorte exclusivo del Congreso Nacional y, por ende, el presidente, al dictar el decreto en cuestión, invadió la esfera legislativa. En virtud de lo expuesto, se confirmó la sentencia de la Cámara que había declarado inconstitucional esa norma.

Con relación a la temática analizada, sostuvo el Alto Tribunal que el art. 76 de la CN establece cuatro requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio; 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”; 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación, en los términos indicados por el art. 100, inc. 12.

IV.2. Decretos de necesidad y urgencia

Al igual que los decretos delegados, los DNU son el producto del ejercicio extraordinario de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo por una expresa autorización constitucional, pero, en este caso, se acude a ese instrumento a los fines de solucionar una determinada situación de urgencia o necesidad imperiosa (26).

En aceptación de la práctica que venía realizando el Poder Ejecutivo Nacional y que, matices mediante, había sido convalidada por la Corte Suprema, el constituyente de 1994 incorporó

{ NOTAS }

(12) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La declaración legislativa de ‘nulidad absoluta e insanable’ del DNU y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LA LEY, *Supl. Adm.*, 2010 (agosto), 161.

(13) Pues también rigen los siguientes principios: a) excepcionalidad: la emergencia se caracteriza por ser de carácter excepcional, en tanto constituye un remedio que debe ser utilizado por el poder estatal frente a situaciones extraordinarias (HUTCHINSON, Tomás, “La emergencia y el Estado de derecho”, *Revista de Derecho Público*, 2002-1: “La emergencia económica”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, p. 38); b) temporalidad: es importante remarcar que la emergencia, como situación que nace de la excepcionalidad, debe estar limitada en el tiempo. Esta parece ser la razón de la limitación temporal que fija el art. 76 de la CN; c) razona-

bilidad y proporcionalidad: la emergencia, como toda conducta estatal, debe cumplir con los criterios de razonabilidad (adecuación y necesidad) y proporcionalidad, es decir, no convertirse en un medio excesivamente gravoso para los derechos de los ciudadanos, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Inchauspe” (Fallos 199:483); y d) no discriminación: el dictado por parte del Estado de medidas de emergencia pública no autoriza la violación del derecho a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deja en claro que las disposiciones de emergencia no pueden entrañar discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 4.1). En idéntico sentido lo impone la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27.1).

(14) LINARES QUINTANA, Segundo, “La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado”, LA LEY 30-907; HUTCHINSON, Tomás, “La emergencia y el Estado de derecho”, ob. cit., p. 38.

(15) BALBÍN, Carlos F., “Curso de derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 769.

(16) Fallos 136:161 (1923).

(17) Fallos 243:467.

(18) YLARRI, Juan S., “Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el coronavirus”, IJ CMXV272.

(19) BO del 24/08/1999.

(20) BUTELER, Alfonso, “Las emergencias económicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en PALACIO de CAEIRO, Silvia B. (dir.), *Tratado de derecho federal y le-*

yes especiales, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 197.

(21) CS, “Selcro SA c. Jefatura Gabinete Mos. dec. 55/2000 (decs. 360/1995 y 67/1996) s/ amparo ley 16.986”, Fallos 326:4251 (2003).

(22) CS, 15/04/2014, “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, C.486.XLIII.

(23) CS, “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c. Secretaría de Energía -res. 79/1999 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 328:940 (2005).

(24) CS, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”, Fallos 331:2406.

(25) Fallos 331:2406.

(26) BIDART CAMPOS, Germán J. - MANILI, Pablo, “La jerarquía normativa de las distintas clases de decretos del Poder Ejecutivo (A propósito de la moderna ‘de-

los DNU en el plexo constitucional al incluirlos en el art. 99, inc. 3º. En esa disposición, luego de reiterar la regla contenida en el art. 76, que establece que el presidente no puede “en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”, habilitó su dictado cuando “circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.

Como puede apreciarse, la cláusula constitucional transcripta no es clara en cuanto a las causales en que puede echarse mano a ese dispositivo normativo. Desde la doctrina se ha dicho que cuando la norma alude a “circunstancias excepcionales” hace referencia a situaciones de grave riesgo social (27), criterio compartido por la Corte Suprema en la causa “Peralta” (28), o a situaciones que afecten la subsistencia y continuidad del Estado (29).

Más próximo en el tiempo, la Corte señaló: “El ejercicio de la prerrogativa del art. 99, inc. 3º, de la CN está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo” (30).

Sobre la cuestión se pronunció la Corte Suprema en la causa “Verrocchi” (31), al indicar: “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 Federal; 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”.

Asimismo, el constituyente de 1994 estableció límites materiales para esta especie de decretos al señalar que no podrán dictarse en asuntos penales, tributarios, electorales o de régimen de los partidos políticos.

Como puede apreciarse, la limitación establecida con relación a la cuestión penal y tributaria es redundante, dado que en ambos supuestos rige el principio de legalidad formal, tal como lo prescriben los arts. 18 y 4º de la CN, respectivamente.

En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte, en casos en donde se había cuestionado el establecimiento de un tributo o su modificación o ampliación mediante un DNU, que la cuestión tributaria supone una limitación constitucional infranqueable para el Poder Ejecutivo, un valladar que no cede ni aun mediante decretos de la naturaleza señalada (32).

Con relación a ello, ha señalado el Alto Tribunal que “para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige, además, de la debida consideración por parte del Poder Legislativo que la norma no regule materia

penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia” (33).

Con relación a las materias, dijo que corresponde destacar que la norma cuestionada no se refiere a una materia expresamente prohibida (penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos) (34).

De ello se deriva, según la Corte Suprema, que la prohibición material para el dictado de un DNU se limita a los supuestos allí contemplados. En refuerzo de ese argumento podría sostenerse que, si el constituyente hubiera querido imponer mayores vallas materiales a los DNU, así lo hubiera dispuesto.

Ese enfoque encierra cierto peligro institucional, dado que el Poder Ejecutivo podría utilizar un DNU para declarar la utilidad pública de un bien, por ejemplo a los fines expropiatorios, o para brindar acuerdo al candidato propuesto para juez, conforme al art. 99, inc. 4º, CN.

Sin embargo, desde otra perspectiva, anclada en una interpretación sistémica de la Carta Magna, la materia del DNU puede estar vinculada a todos los supuestos en que rige el principio de legalidad formal, como ocurre con los supuestos mencionados en el art. 75 (régimen aduanero, universitario, postal, presupuestario, nacionalidad, coparticipación, puertos, Banco Central, etc.).

Lo mismo cabe señalar respecto del dictado de los Códigos o la regulación del derecho común previstos en el art. 75, inc. 12, de la CN. Sobre el punto, y en contra de esa postura extensiva, ha dicho la Corte en una sentencia: “La materia involucrada es de naturaleza comercial, por lo cual no se trata de una de las prohibidas por el texto constitucional” (35).

A su vez, la norma constitucional exige que los DNU sean decididos en acuerdo general de ministros y que cuenten con el refrendo del jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario, a su vez, tiene la obligación de someterlos dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición y funcionamiento ya hemos explicado.

Este precepto es completado por las prescripciones de la ley 26.122, cuando señala en el art. 10 que la referida Comisión debe expedirse acerca de la validez o invalidez constitucional del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. En lo demás, se aplica lo que hemos analizado para los decretos delegados.

Finalmente, es importante recordar que, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le corresponde al Poder Judicial evaluar el presupuesto fáctico que justifica la adopción de DNU, criterio que reiteró posteriormente en la causa “Consumidores Argentinos” (36) y asimismo en la causa “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros” (37). La revisión puede ser amplia (38).

IV.3. Decretos de necesidad y urgencia vs. decretos delegados

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que, de acuerdo con el diseño constitucional es-

tablecido luego de la reforma de 1994, los DNU no constituyen un instrumento de emergencia, sino de urgencia, para los casos en que circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes y cuando no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos (39).

Para la emergencia, en cambio, la Carta Magna, en el art. 76, impone que la declaración debe efectuarse por el Congreso Nacional y dispone la utilización de los reglamentos delegados frente a materias determinadas de administración o de emergencia pública, con un plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Es decir, entonces, que frente a supuestos de emergencia ya declarada y de delegación legislativa, el Poder Ejecutivo debe valerse de los reglamentos delegados, tal como lo entendió la Corte Suprema en “San Luis” (40). Allí, la provincia actora cuestionaba el dec. 214/2002 por el cual se había dispuesto la pesificación de los depósitos bancarios en dólares. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa medida y ordenó la devolución de los ahorros en la moneda de origen.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que en “Aceval Pollacchi” la Corte convalidó el DNU 883/2002, que había dispuesto la prórroga de la ley 25.561 que declaró la emergencia (41).

IV.4. Contradicciones del uso de la potestad reglamentaria ante la pandemia del COVID-19

Como vimos, mediante el DNU 260/2020 se amplió la emergencia declarada mediante la ley 27.541. De ese modo, la lógica constitucional indica que la declaración de emergencia tiene como posibilidad el dictado de decretos delegados por parte del Poder Ejecutivo, conforme lo autoriza el art. 76 de la CN.

En virtud de ello, aparece como una manifiesta contradicción que se declare la emergencia mediante un DNU y que luego el Poder Ejecutivo gobierne la emergencia mediante DNU, como ha ocurrido en el caso de la emergencia sanitaria, máxime cuando el Congreso Nacional se encuentra en funciones.

Pues, si el Poder Ejecutivo Nacional considera que la declaración de emergencia es materia legislativa, no debió dictar un DNU. Pero si decide reconocerlo, como lo hizo mediante el dictado del DNU 260/2020, el gobierno de la emergencia debe hacerse mediante decretos delegados, lo que no ha tenido lugar en el caso, dado que ha seguido dictando DNU [DNU 297/2020, 332/2020, 351/2020 (42), entre muchos otros].

V. Sesiones digitales del Congreso, decretos de necesidad y urgencia y pandemia

V.1. Introducción

Como vimos, la Carta Magna habilita el dictado de los DNU cuando “circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.

Ahora bien, la posibilidad de que el Congreso de la Nación sesione de manera no presencial,

semipresencial o remota a través de la utilización de las nuevas tecnologías (videoconferencia, por ejemplo) vacía de contenido esa disposición, en tanto la imposibilidad material, la mayoría de las veces, podrá ser suplantada por la presencia virtual del legislador.

Por otro lado, constituye una manera de innovar la actividad del Poder Legislativo y de que los legisladores puedan tener una participación más activa sin trasladarse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La posibilidad de que el Congreso Nacional sesione por mecanismos virtuales ha sido considerada constitucional por la Corte Suprema, al dictar sentencia en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (43), lo que nos exime de mayores comentarios sobre su legitimidad.

En tal sentido, el Alto Tribunal sostuvo que ninguna de las cláusulas que integran la Carta Magna “veta la posibilidad de que las reuniones se lleven a cabo de forma remota”, para luego agregar: “Más bien la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el art. 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias”.

Como puede apreciarse, la autorización formulada por la Corte Suprema a los fines de que el Poder Legislativo pueda sesionar de manera remota tiene directo impacto sobre las posibilidades de que se verifique el supuesto fáctico previsto en el art. 99, inc. 3º, para el dictado de los DNU.

V.2. La inactividad del Congreso Nacional ante la pandemia del COVID-19

Con relación a esta cuestión, debemos señalar que al momento del dictado del DNU 260/2020 no se verificaba la exigencia que habilita el dictado de los DNU, esto es, que resulte imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

Ello en tanto el Congreso Nacional no se encontraba en receso al día 13/03/2020 en que se publicó dicho decreto.

A tales fines, debe tenerse presente que el aislamiento social, preventivo y obligatorio previsto por el dec. 297/2020 (44) entró en vigencia el 20/03/2020, con lo cual no había impedimento alguno para que el Congreso sesione, como lo han concretado muchas Legislaturas provinciales y cuerpos legislativos de otros países. Además, debe tenerse presente que lo allí previsto no resultaba de aplicación para el Poder Legislativo, conforme a lo dispuesto en el art. 10 del aludido decreto, cuando invitó a dicho Poder a adherir al aislamiento.

Esto que afirmamos se confirma si se tiene en cuenta que recién con fecha 19/03/2020 la Cámara de Diputados dictó la resolución presidencial (RP) 615/2020, por medio de la cual adhirió al aislamiento social, preventivo y obligatorio

{ NOTAS }

cretocracia' argentina”, LA LEY, 2003-C, 1359.

(27) COMADIRA, Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, LA LEY, 1995-B, 825.

(28) Fallos 313:1513 (1990).

(29) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia”, LA LEY, 1991-E, 1179.

(30) CS, “Leguizamón Romero, Abel y otra c. ISSJyP s/ ordinario”, Fallos 327: 5559 (2004).

(31) Fallos 322:1726 (1999).

(32) Fallos 318:1154; 319:3400 y 323:3770.

(33) CS, “Consumidores Argentinos”, Fallos 333:633

(2010).

(34) CS, “Aceval Pollacchi, Julio César”, Fallos 334:799 (2011).

(35) CS, 27/10/2015, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, CSJ 799/2013 (49-A).

(36) Fallos 333:633 (2010).

(37) CS, 27/10/2015, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, CSJ 799/2013 (49-A). Allí señaló: “Que, a esos efectos, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los crite-

rios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

(38) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Decretos de necesidad y urgencia: a dos años del art. 99, inc. 3º, de la CN”, LA LEY, 1997-D, 1088.

(39) Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, “Derecho administrativo argentino”, Ed. AbeledoPerrot,

Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 175 y ss.

(40) Fallos 326:417 (2003).

(41) CS, “Aceval Pollacchi, Julio César”, Fallos 334:799 (2011).

(42) Un interesante análisis sobre ese decreto puede verse en CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada”, Ed. Rubinzal-Culzoni Online, disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/208749>.

(43) CS, 24/04/2020, FAL CSJ 353/2020.

(44) BO del 20/03/2020.

dispuesto por el Poder Ejecutivo en el DNU 297/2020, suspendió la actividad administrativa de la Cámara de Diputados y otorgó licencia a los agentes hasta el 31 de marzo, con excepción de los diputados y autoridades superiores de la Cámara.

Ello evidencia, entonces, que no es posible justificar la imposibilidad de seguir el tratamiento para la sanción de las leyes, lo que implica que el DNU 260/2020 resulta contrario al texto de la Constitución Nacional. Lo mismo puede predicarse de muchos de los DNU que se han dictado después.

En contra de dicha postura se ha pronunciado Ibarlucía, al señalar que era constitucio-

nalmente válido el dictado de un DNU dada la “imposibilidad de reunión inmediata del Congreso” (45).

Sin embargo, compartimos las consideraciones formuladas por Hernández cuando señala que en “la emergencia es fundamental el funcionamiento de los órganos legislativos, para la aprobación de medidas y para el control de los decretos del Poder Ejecutivo dictados por la delegación legislativa en razón de la emergencia sanitaria y los de necesidad y urgencia” (46).

De ello se hizo eco la Corte Suprema, al señalar que “la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades

consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas” (47).

VI. Conclusiones

Del recorrido realizado ha quedado en evidencia que en nuestro país la emergencia debe ser declarada por el Congreso Nacional por imposición del art. 76 de la CN. Sin embargo, su ejercicio puede ser atribuido al Poder Ejecutivo a los fines del dictado de decretos delegados.

De modo alguno la Carta Magna autoriza la ampliación de la emergencia, previamente declarada por ley, mediante la utilización de un DNU.

Tal aseveración convierte al DNU 260/2020, que amplió la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, en inconstitucional.

Finalmente, cabe recordar que, como lo hemos señalado (48), si la regulación constitucional de los derechos de los ciudadanos es más intensa en la emergencia, el escrutinio judicial debe ser, necesariamente, más estricto, a los fines de indagar los argumentos constitucionales utilizados. Pues coincidimos con Rosatti (49) en cuanto señala que el Estado de derecho exige cumplir con la regla según la cual “a mayor poder, mayor control”.

Cita on line: AR/DOC/1635/2020

{ NOTAS }

(45) IBARLUCÍA, Emilio, “Pandemia y Constitución”, *Suplemento Especial, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Revista ES 1, 28/04/2020.

(46) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Emergencia, orden constitucional y COVID-19 en Argentina”, *Suplemento Es-*

pecial, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Revista ES 1, 28/04/2020.

(47) CS, 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, FAL CSJ 353/2020.

(48) BUTELER, Alfonso, “Las emergencias económicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, ob. cit., t. I, p. 197.

(49) ROSATTI, Horacio, “El Estado y la colmena: la emergencia en el derecho constitucional argentino”, *Revis-*

ta de Derecho Público, 2002-1: “La emergencia económica”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, p. 100.

La intervención estatal en la economía y el principio de subsidiariedad

A PROPÓSITO DEL COVID-19

Patricio García Moritán (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La importancia de definir presupuestos específicos para disponer una intervención.— III. El principio de subsidiariedad como estándar para analizar la legitimidad de una intervención.— IV. El principio de subsidiariedad y el principio de razonabilidad no solo establecen un estándar para definir la oportunidad en que puede producirse la intervención, sino también para delinear el modo en que ella puede o debe llevarse a cabo en un caso concreto.— V. Conclusión.

I. Introducción

El fenómeno de la intervención administrativa en la economía es uno de los aspectos más debatibles (y apasionantes) del Derecho Administrativo.

Esto responde —en gran medida— a que no existe una regla general apriorística definida y suficientemente aceptada respecto a cuál es el rol del Estado y cuándo y cómo este debe intervenir en las distintas facetas de la economía (1). Por el contrario, la decisión de disponer una acción de intervención en un caso concreto se encuentra delimitada ciertamente —positiva o negativamente— por una serie de circunstancias que justifican la injerencia estatal para ese supuesto dado (ej. problemas urbanísticos, atención de necesidades primordiales insatisfechas, etc.), pero se ve definida, en última instancia, por condicionamientos coyunturales (p.ej. rigidez presupuestaria, costos de transacción) y, por sobre todo, por las concepciones políticas y económicas dominantes en cada época histó-

ca (2). La historia reciente (particularmente, del siglo pasado) ofrece sobrados ejemplos de esto último (3). No podemos dejar de mencionar, además, que el carácter controvertible de la materia se profundiza progresivamente a medida que la vida económica y social se va tornando cada vez más compleja y sofisticada (4).

Los tiempos de emergencia, como los que nos tocan vivir a partir de la pandemia provocada por el COVID-19, aportan más tensión a esta compleja definición, aun ante la incertidumbre sobre cómo concluirá este panorama, y se vuelve más imperioso aún definir el norte.

II. La importancia de definir presupuestos específicos para disponer una intervención

El componente ideológico es, quizá, el que más dificultad aporta al debate sobre cuál es el rol del Estado. Podremos ver que en la actualidad (y particularmente en nuestro país, aunque se extiende en la región) se ha logrado instalar

una línea de pensamiento apoyada sobre una serie de dogmas que expanden las virtudes de lo público (sobre lo privado) y generan, en muchos supuestos, situaciones nocivas para el interés general bajo el pretexto de protegerlo (5). Cabe decir, además, que esa línea predomina en amplios sectores del quehacer nacional y, dentro del mundo jurídico, alcanza a muchos de quienes tienen la honra de defender la cosa pública.

Por ello, el debate sobre cuándo y cómo debe intervenir el Estado se vuelve ciertamente complejo, pero a la vez indispensable. Va de suyo que desde estas líneas no se propicia un Estado ausente. Muy por el contrario, un Estado justo y adecuado, que asegure que las necesidades básicas de la población estén suficientemente cubiertas y que, a la vez, garantice la plena vigencia de las garantías de la libertad y la propiedad privada.

Encontrar el punto justo y adecuado que defina cuándo el Estado puede o debe intervenir es indispensable, además, porque toda interven-

ción administrativa distorsiona a la actividad privada. No existe intervención que sea neutral. Si bien en algunos supuestos esa distorsión (como alteración del *statu quo*) es deseada o necesaria (p.ej. para corregir cierta “falta de mercado” preexistente), una expansión excesiva o equivocada del intervencionismo estatal puede provocar una distorsión nociva del ámbito privado desde —al menos— dos perspectivas: por un lado, en cuanto a que el Estado pasa a ocupar un lugar o rol que podría ser asumido por los privados (es decir, desplaza total o parcialmente a los actores privados, o algunos de ellos, o su actividad). Por otro lado, porque la intervención, cualquiera ella sea, necesita financiamiento y este financiamiento se obtiene generalmente de recursos tributarios que, claro está, deben ser extraídos del sector privado (o de un cierto sector privado, para transferirlo a otro). De tal modo, un exceso en la exacción a los privados provocará primero una reducción de recursos económicos de esos privados (puesto que no podrán destinarlos a otros fines, tales como consumo o ahorro/inversión) e, incluso, en un grado

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho y Economía (UTDT). Especialista en derecho administrativo y regulación económica.

(1) Ya se ha entendido tiempo atrás, incluso, que “La enumeración a priori de finalidades específicas del Estado que determinasen exclusivamente su actuación, como alguna vez se ha intentado, es absurda, cualquiera sea el basamento sobre el que se pretenda edificarla” (VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Rev. de Administración Pública*, ISSN 00.4-7639, N° 3, 1950, ps. 53/130). Es que si bien puede decirse que existen ciertas funciones o finalidades sobre las que podría haber consenso generalizado (las funciones propias o indelegables del Estado), la cuestión comienza a volverse más vívida a medida que nos adentramos en sectores en los que el Estado reviste, al menos en principio, una función supletoria (p.ej. educación, salud y servicios públicos), o incluso en aquellas actividades que son puramente privadas (acti-

vidades industriales, comerciales, de servicio, etc.).

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, “La intervención administrativa”, 2ª edición actualizada con estudios sobre los nuevos entes y marcos regulatorios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 19. En sentido similar, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La Iniciativa Pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, en *Rev. de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, N° 88, 1979, p. 57. Por su parte, de la Riva sostiene al respecto que “Resulta obvia, a estos efectos, la incidencia que adquiere el posicionamiento ideológico del cual parte el observador, pero no es menos cierto que el grado de protagonismo que se asigne al Estado en el terreno económico dependerá, también, de la situación que exhiban las variables macroeconómicas en cada momento, entre las cuales ocupa un lugar destacado la salud de las finanzas públicas, ya que es muy distinto el aporte económico que se puede reclamar desde un Estado solvente, que el que cabe esperar de un Estado deficitario o pauperizado” (DE LA RIVA, Ignacio María, “Lo público y lo privado en el Derecho de las Infraestructuras

Públicas”, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 3)

(3) Se hace alusión a los vaivenes que han existido, tanto en nuestro país como en la mayoría de los países occidentales, sobre la mayor o menor intervención estatal en la economía. A riesgo de incurrir en una notoria imprecisión, podemos sintetizar que, en nuestro país, hasta mediados de siglo XX, se mantuvo un Estado reducido en la gestión de cometidos económicos (industriales, comerciales o de servicios), lo que implicó dejar actuar al sector privado para que estos prestaran incluso los servicios que fueran calificados como servicios públicos (principalmente a través de las concesiones de obra o servicio). A partir de mediados de siglo, el país inició un proceso de nacionalización (más bien, estatización) de las empresas privadas que llevaban a cabo cometidos públicos y aprobó diversos regímenes para llevar a cabo esas actividades. En la década de 1990, en línea con la corriente mundial que se había iniciado unos años antes, se ingresó en un nuevo proceso de reducción de la participación estatal en la economía a través de la privatización

(instrumentada a través de la ley 23.696 y normas complementarias). Finalmente, durante las primeras décadas del siglo XXI se han verificado tendencias que permiten inferir una recuperación de la participación estatal en la gestión de ciertas actividades económicas.

(4) DE LA RIVA, Ignacio M., “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, *Rev. Digital de Derecho Administrativo*, nro. 17, Universidad Externado de Colombia, primer semestre 2017, ps. 193-212. Ya hace más de medio siglo atrás, y en un contexto ciertamente diferente, decía Villar Palasí que “El Estado moderno se enfrenta gradualmente con más y más fines que cumplir; por ello sería más exacto hablar en sentido concreto de fines que de fin del Estado” (VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Rev. de Administración Pública*, ISSN 00.4-7639, N° 3, 1950, ps. 53/130).

(5) Parafraseando enseñanzas (verbales) de Juan Carlos Cassagne, en muchas ocasiones ocurre como la historia relatada en el libro “El enemigo del Pueblo” de Hen-

excesivo terminaría ahogando, o reduciendo, la actividad privada (6).

Lo complejo de la dinámica que se produce en torno a las intervenciones excesivas (y que dificulta aún más el debate) es que generalmente provocan el deterioro de las posibilidades del mercado de autosatisfacer sus necesidades, de modo que funcionan como una nueva justificación para una mayor intervención (algo así como una profecía autocumplida) (7).

Esta circunstancia se profundiza ante las emergencias, ya que ellas sirven de justificación (generalmente aceptada) para expandir transitoriamente la intervención estatal a niveles no aceptables en estado de normalidad. La gravedad mayor se produce, porque las medidas, originariamente transitorias, tienden luego muchas veces a permanecer una vez concluida la emergencia.

Por lo tanto, si bien se ha sostenido que carece de sentido práctico establecer una enunciación detallada de las funciones estatales (8), es importante aspirar a lograr cierto consenso sobre criterios predefinidos que permitan establecer cuándo el Estado debe o puede intervenir, de modo que permitan llevar a cabo un adecuado control judicial. Máxime teniendo en cuenta que luego de esta emergencia, será necesario retomar la senda de la normalidad.

III. El principio de subsidiariedad como estándar para analizar la legitimidad de una intervención

Como se dijo, no existe una regla explícita y concreta que defina la cuestión de cuándo debe intervenir el Estado en la economía (y cómo). No obstante, lo cierto es que en nuestro esquema constitucional (o más bien, una interpretación armónica de sus preceptos) sí se delinea un concepto orientador suficientemente claro bajo el principio de subsidiariedad (9), cuyos fines y objetivos guardan equivalencia con el nuevo modelo de Estado que se viene instalando en diversos países occidentales —sobre todo europeos— denominado regulador y garante (10).

Este principio de subsidiariedad —que se apoya en la garantía de la libertad individual y la dignidad humana, y que, en una expresión más amplia, tiene su origen en la Doctrina Social de la Iglesia (11)— establece, en su postulado elemental, que el Estado debe intervenir en los supuestos en que la iniciativa privada sea insu-

ficiente para satisfacer las necesidades básicas de la población.

Como se observa fácilmente, el principio bajo análisis tiene un contenido positivo y uno negativo.

El “contenido negativo” veda la intervención estatal cuando la iniciativa privada satisface en forma adecuada las necesidades públicas. Esta restricción se justifica, como se ha dicho, en la libertad individual, la dignidad humana y en las pautas impuestas por el principio de economía de mercado (12). No es justo (ni razonable) que el Estado se haga cargo de asuntos o tareas que pueden realizar, por sí mismos, los particulares y las asociaciones intermedias, sin perjuicio de su potestad para controlar o restringir el ejercicio de dichas actividades a fin de ajustarlas al bien común (13). En este aspecto, existe una semejanza evidente con la faz reguladora del mercado, prevista en el modelo de Estado regulador y garante (14).

En otras palabras, no existe razón para que el Estado asuma tareas cuando el propio privado resuelve las necesidades de la población en forma razonable (máxime que, como ya se ha dicho, para intervenir, el Estado deberá implementar una exacción forzosa para hacerse de los recursos económicos suficientes para cumplir tal fin. No es legítimo que el Estado destine recursos económicos —escasos, por definición— al cumplimiento de fines que puede satisfacer el propio privado, existiendo otros tantos destinos insatisfechos a los que sería más conveniente destinar el dinero público, si es que este estuviese disponible).

Este contenido negativo tiene basamento normativo más concreto en ciertas garantías contenidas en el capítulo primero de la CN, tales como la igualdad (art. 16), la propiedad (art. 17), la libertad (art. 19), y la razonabilidad (conf. arts. 14 y 28). En definitiva, siguiendo estos preceptos, la decisión de adoptar una intervención estatal específica en la economía debe encontrarse suficientemente fundamentada, puesto que de lo contrario su legitimidad podría ser cuestionada o, incluso, podrá demandarse por la reparación de los daños que ha provocado, por responsabilidad derivada de una actividad ilícita.

Por otra parte, como se anticipó, el principio de subsidiariedad tiene un “contenido positivo” que impone al Estado el deber de intervenir

en el caso de que las necesidades básicas de la población no sean adecuadamente satisfechas por la iniciativa privada y espontánea. En rigor, para ser precisos, no alcanza por sí solo con que exista insuficiencia en la iniciativa privada para obligar al Estado a intervenir, sino que la decisión de intervenir en un caso específico debe apoyarse, además, en la existencia de un interés público específico con que dichas prestaciones sean satisfechas (p.ej. por vincularse con la satisfacción de necesidades básicas o esenciales de la población), de modo que justifiquen la utilización de recursos públicos para ese fin, en detrimento de otros (al fin y al cabo, el dinero es escaso y proviene de los contribuyentes, de modo que lo razonable es que se justifique por qué se destina a esos fines y no a otros). Aquí se observa la equivalencia del principio de subsidiariedad, con la faz garantística que debe asumir el Estado según el modelo de Estado regulador y garante (15).

Este contenido positivo también se apoya en diversas estipulaciones constitucionales concretas, tales como el Preámbulo (que establece la finalidad del Estado de “promover el bienestar general”), la cláusula del progreso (conf. art. 75, inc. 18 y 19, CN) y, por qué no, la cláusula que impone el deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos (conf. art. 42, segundo párrafo, CN).

Un Estado que no intervenga en aquellos casos en que las circunstancias imponen el deber de hacerlo también estará expuesto a reclamaciones de los particulares afectados, incluso por vía judicial, tendientes a que se corrija la omisión y se pongan en marcha medidas de intervención específicas (razonables) o, eventualmente, si se verificasen los presupuestos específicos, para que se indemnicen los daños que pudieran haberse derivado de la omisión estatal (conf. ley 26.944, art. 3, inc. d).

Reconocer este estándar permitiría controlar la intervención estatal por exceso o por defecto. Así, una intervención estatal que falle en explicar las causas en las que se apoya [siempre bajo el prisma del principio de razonabilidad (16)] podría ser cuestionada —naturalmente, por quienes acrediten legitimación—, tanto por entender que limita, distorsiona o pretende sustituir injustificadamente la actividad de los particulares (allí donde existe suficiencia en la iniciativa privada), como porque se destinan recursos públicos a prestaciones sin suficiente jus-

tificación (máxime cuando existan infinidad de cometidos más prioritarios que se encuentran insatisfechos). Por su parte, un Estado que omita intervenir allí donde existe el deber de hacerlo también podrá ser demandado para que corrija esa omisión.

IV. El principio de subsidiariedad y el principio de razonabilidad no sólo establecen un estándar para definir la oportunidad en que puede producirse la intervención, sino también para delinear el modo en que ella puede o debe llevarse a cabo en un caso concreto

Suponiendo que del primer análisis se ha concluido la necesidad de que el Estado disponga cierta medida de intervención, una segunda secuencia de análisis obliga a preguntarse cómo debe hacerlo (qué técnica de intervención habrá de utilizar).

Al respecto, es de recordar que las técnicas clásicas de intervención estatal son el fomento, la policía y los servicios públicos. Parece evidente que esa clasificación tripartita resulta insuficiente para explicar de manera completa los modos de intervención actuales (17), puesto que deja fuera múltiples situaciones en las que el Estado efectivamente incide en la economía a través de acciones que no pueden calificarse como ninguna de las tres alternativas. A simple modo de ejemplo, se destaca para este análisis aquellos casos en los que el Estado decide participar en forma activa en la gestión de ciertas actividades económicas sin disponer medidas de fomento, ni ejercer la policía y sin declarar la actividad como un servicio público (18).

Como se puede ver, las medidas de intervención varían en función de su intensidad, según el avance que tengan sobre la actividad de los privados y las libertades individuales. Naturalmente, bajo los parámetros establecidos por los arts. 14 y 28 de nuestra Constitución, el establecimiento de las medidas de intervención deberá decidirse de menor a mayor intensidad (además de su duración en el tiempo, por supuesto), siempre bajo un estricto criterio de razonabilidad; es decir, verificando la adecuación o idoneidad de la medida para el logro del cometido perseguido, verificando si la medida —entre todas las idóneas— es la menos restrictiva de derechos, y verificando si la medida (aun idónea y menos restrictiva) es razonable y proporcional, respecto de aquello que se busca (19).

{ NOTAS }

rik Ibsen. En la obra literaria referida, el Sr. Thomas Stockmann, un habitante de una ciudad cuyo balneario es la principal atracción turística y el motor de la economía local, denuncia que el agua del balneario tendría una bacteria que —según sostiene— podría poner en riesgo la salud de la población. La historia expone un dilema permanente en materia de políticas públicas, que exige ponderar intereses jurídicos contrapuestos en el que uno afecta en modo decidido al otro, interactuando en una relación de intercambio (*trade off*). En esta historia ficticia que hemos traído a colación, la denuncia de la contaminación del balneario atentaba contra el sostenimiento económico del pueblo de modo que la ponderación sobre los riesgos reales de esa contaminación exige una evaluación sumamente prudente de la ecuación de costo-beneficio, dado que una sobreactuación podría provocar más daños que beneficios. Ello ocurre en múltiples ocasiones en la vida diaria. Por solo mencionar algunos ejemplos de nuestro país, se puede traer a colación la polémica que se ha producido en torno a las prohibiciones que se han dispuesto en diversas localidades para la instalación de las antenas de “telefonía celular” dentro de ejido de ciertos municipios, atentando contra la expansión y el funcionamiento mismo del servicio. También aquellos casos en que, frente a una baja en la calidad de ciertos servicios (p.ej. telefonía celular) se reclamaba la profundización de su regulación o su declaración como servicio público, cuando lo que se necesitaba era precisamente una reducción de la presencia estatal para que proliferen las inversiones. Otro ejemplo podría ser el de aquellos supuestos en que se extreman las medidas de protección a favor del Estado en regímenes de contrataciones (p.ej. exceso en las garantías) provocando la inviabilidad del desarrollo de ciertos proyectos de infraestructuras.

(6) Esta circunstancia se ve reflejada, p. ej., en la “curva de Laffer”, que grafica con claridad la relación que existe entre un impuesto y la recaudación, con relación directa en la actividad económica. Según esta curva, cuando el tipo impositivo es igual a cero por ciento la recaudación pública será cero (porque no se grava ninguna actividad privada) y, por otra parte, cuando el tipo impositivo es igual a cien por ciento la recaudación pública también será cero (porque el sector privado no producirá nada, en la medida que todo será absorbido por el Estado). Sin embargo, entre esos extremos habrá un tramo desde cero a un máximo (el punto más alto de la recaudación), una meseta (donde no se genera crecimiento económico, pero tampoco se ahoga la iniciativa privada existente) y, finalmente, un tramo descendente, como consecuencia del desincentivo a la inversión, hasta llegar a cero (en definitiva, una curva).

(7) Siguiendo con uno de los ejemplos de la nota [5] al pie, durante un período entre la década pasada y el primer quinquenio de la actual, los servicios de telefonía celular presentaban una calidad ciertamente cuestionable. Ello respondía mayormente a la falta de inversión (motivada principalmente por las distorsiones macroeconómicas de nuestro país y por un fuerte intervencionismo estatal) y a las limitaciones directas e indirectas a la expansión de las antenas de telefonía celular. Paradójicamente, frente a ese escenario, en lugar de proponer una reducción de esa interferencia, desde ciertos sectores se reclamaba que dicho servicio fuera declarado un “servicio público” y se intensificara la intervención. Es presumible que ello no solo no hubiera conducido a mejorar el servicio, sino que, muy por el contrario, lo habría empeorado. Lo mismo puede decirse en materia impositiva: en una economía como la nuestra, en permanente recesión y con un gasto público exorbitan-

te, la única solución que se viene proponiendo y aplicando termina siendo incrementar la presión impositiva, cuando eso es precisamente lo que nos ha llevado a la recesión y a la precarización de la actividad privada (o al menos, es uno de los factores principales que nos ha llevado a ello). Nuevamente, lo paradójico es que se sigue recurriendo a esta lógica sobre la base de las consecuencias que ella misma ha provocado.

(8) VILLAR PALASÍ, José Luis, ob. cit.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 22.

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo y Derecho Público General, estudios y semblanzas*”, Ed. B de F, 2020, p. 121 y ss.

(11) Este principio se encuentra entre las directrices más constantes y características de la doctrina social de la Iglesia, presente desde la primera gran encíclica social (conf. Cf. León XIII, Carta enc. *Rerum novarum*: Acta Leonis XIII, 11 (1892) 101-102. 123), y que ha sido calificado como perteneciente al derecho natural, propio de la libertad y dignidad humana (cf. Pío XI, Carta enc. *Quadragesimo anno*: AAS 23 (1931) 203). Se apoya en el entendimiento de que es imposible promover la dignidad de la persona si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político; a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social.

(12) El fundamento limitante a la intervención estatal encuentra apoyo en las pautas establecidas en el art. 42 de la CN, en cuanto impone a las autoridades el deber de proveer “a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales”, conf. ha señalado CASSAGNE, Juan Carlos (cfr. “*Curso de Derecho Administrativo*”, t. II, 15ª ed.

La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 100).

(13) CASSAGNE, Juan Carlos, “*La intervención...*”, cit., p. 22.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho...*”, cit., p. 125 y ss. (15) *Ibidem*.

(16) Naturalmente, el principio de subsidiariedad (en su contenido positivo y negativo) debe ser integrado con el principio de razonabilidad (conf. art. 28, CN) —que incluye al de proporcionalidad— que obliga a un análisis desde tres dimensiones: (i) la perspectiva de la adecuación o idoneidad de la decisión de intervenir para lograr el cometido perseguido (v.gr. verificar si la intervención que se adopta efectivamente satisface una necesidad básica insatisfecha); (ii) el análisis que busca verificar si la decisión es, entre todas las alternativas existentes, la menos restrictiva de derechos (v.gr. es decir, si pudiera resolverse la insatisfacción por medio de ayudas públicas en lugar de una acción directa); y (iii) desde la perspectiva de la proporcionalidad (en sentido estricto) que persigue evaluar si la medida (aun idónea y menos restrictiva) es razonable y proporcional, respecto de aquello que busca (siguiendo a CIANCIARDO, Juan, “*El principio de razonabilidad*”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, ps. 61 y ss.).

(17) CASSAGNE, Juan Carlos, “*La intervención...*”, cit., p. 25.

(18) Podría mencionarse también, p. ej., cuando el Estado desarrolla obras de infraestructura o, incluso, cuando desarrolla acciones muy variadas de incentivo o desincentivo en materia de políticas públicas, en el marco de lo que se ha dado en llamar la “teoría del empujón” —*nudge*—, para mejorar políticas públicas (THALER, Richard H. - SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, ISBN 978-0-14-311526-7).

(19) Cfr. CIANCIARDO, Juan, ob. cit.

Dicho de otro modo, cuando el Estado (en sentido lato) advierte que existen razones para adoptar cierta medida de intervención en un mercado dado (p. ej., porque existen necesidades de interés público no suficientemente satisfechas por la iniciativa privada), debe analizar con suma prudencia y razonabilidad qué medida de intervención utilizar (p. ej. ayuda pública, policía, gestión directa en forma monopólica —servicio público— o, p. ej., introducir un nuevo actor en el mercado para que desarrolle su actividad en competencia), el modo de instrumentación (p. ej.

a través de una sociedad anónima) y su duración (en el caso de sociedades anónimas, puede ocurrir que el Estado suscriba e integre las acciones transitoriamente hasta una posterior transferencia al sector privado).

Cada modo de intervención tendrá reglas específicas sobre cómo debe ser implementada, que requerirá una evaluación en el caso concreto; y siempre habrá de tenerse en cuenta que la definición del modo de intervención en un caso concreto podría ser más nociva aún que la decisión misma de intervención.

V. Conclusión

La cuestión de la intervención administrativa genera muchos debates en la Argentina, aun fuera de un estado de emergencia como el actual. Ellos se producen, en parte, porque no existe una definición precisa y suficientemente aceptada sobre cuándo y cómo debe intervenir el Estado. La justicia, al realizar controles de constitucionalidad o controles de legitimidad sobre la actividad administrativa, tampoco ha contribuido a brindar claridad sobre la cuestión.

Entendemos que una adecuada comprensión (y aplicación) de los principios de subsidiariedad y razonabilidad —así como su equivalente modelo de Estado regulador y garante— podría contribuir en la materia, mejorando la seguridad jurídica, valor indispensable para la generación de inversiones y el desarrollo de la actividad económica privada, sobre todo porque —tarde o temprano— la emergencia concluirá y será necesario retomar la senda de la normalidad.

Cita on line: AR/DOC/1729/2020

El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia

Orlando D. Pulvirenti (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Pandemia y federalismo.— III. Pandemia y municipalismo.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

La pandemia causada por el COVID-19 genera múltiples efectos en los distintos sistemas que integran la sociedad. Se especula sobre cómo continuará el trabajo, qué ocurrirá con la macro y la microeconomía, de qué forma se comportarán los grupos humanos, cómo se vincularán, cómo soportará el sistema sanitario el embate del pico de casos, y de qué forma se perfilará a futuro; y, dentro de ese conjunto de potenciales cambios, se pregunta también por la organización del Estado, la Administración Pública y cómo este conjunto de eventos debe ser evaluado por el derecho, en la relación de los gobiernos entre sí y de estos con los individuos.

Pero mientras todas estas dudas se formulan a futuro, en el ínterin suceden actos y hechos estaduales tendientes a paliar o dificultar el progreso de la crisis provocada por este agente infeccioso y que, en la vorágine y la prontitud por su respuesta, dejan a un costado el análisis respecto de la legalidad o ilegalidad de los procedimientos seguidos. Es cierto: lamentablemente existe una tendencia a pensar que ello será juzgado a la luz del resultado; si este es bueno (en términos de conjurar la crisis o evitar mayor cantidad de decesos), probablemente la mirada pueda resultar condescendiente y laxa sobre aquello actuado en exceso o sobre el quebrantamiento de normas; si es malo, como suele ocurrir cuando algo falla, se juzgará lo hecho con máxima dureza, y posiblemente también se intente asignar el daño que pudiera acarrear el virus, causado a las víctimas y a las familias, a la responsabilidad del Estado (1).

En este particular escenario, y desde el punto de vista del derecho público, como nos han enseñado la crisis de 2001 y otras que ha atravesado el país con anterioridad, la “emergencia” nunca está por encima de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales. Su existencia, comprobable y comprobada, exige articular los remedios y mecanismos que precisamente prevén dichos textos, adecuar la conducta a ellos y con-

jurar la situación conforme a los mismos medios excepcionales que el arsenal legal permite. Todo otro desvío —no es necesario recordarlo— cae fuera del marco de las reglas de juego que nos hemos dado como sociedad.

Ahora bien, en ese conjunto de normas, entra a tallar la distribución de competencias propias de un Estado Federal que, además, como en el caso de la República Argentina, por vía de la reforma constitucional de 1994, ha decidido acordar autonomía a los municipios. De esta manera, al Estado Federal soberano se le adunan las autonomías provinciales y las municipales, estas últimas dentro de los esquemas que, sin hacerles perder esa característica, dicte cada una de las provincias en las que se hallen localizadas.

La crisis, en su evolución, interpela a los gobernantes. Cada uno de ellos —presidente, gobernadores e intendentes, electos por sus propias bases electorales para que se hagan cargo, junto con los legisladores nacionales, provinciales y municipales, de sus respectivos territorios— entiende inicialmente que su responsabilidad es para con sus mandantes. Hasta aquí, nada que no sea absolutamente conocido y comprendido por todos. Sin embargo, el problema de tensiones centrífugas y centrípetas, propio de toda federación, encuentra su punto de máxima tensión, precisamente, en el estallido de una crisis de proporciones tan distintas como las que ofrece la pandemia.

Es así que algunos Estados han declarado medidas de cierre de colegios, actividades públicas y reuniones, o han impuesto cuarentenas, aun cuando el Estado Federal no lo hubiera hecho; o que algunas ciudades dictan sus propias normas de emergencia sanitaria, con carácter previo a que el propio Estado en el que se localizan lo haya hecho. Seguramente el lector pensará que nos referimos aquí al cierre de fronteras de algunas provincias, al impedimento de ingreso a algunas ciudades, a la imposibilidad de regreso a ciertas localidades de la Argentina; no particularmente. Mientras el Estado de Nueva York

proclamó la cuarentena, Donald Trump estaba aconsejando continuar la vida común; el poderoso Estado de San Pablo decretó el asueto escolar a contramano de las explícitas manifestaciones del presidente de Brasil, Jair Bolsonaro; la ciudad de San Francisco (2) impuso cuarentenas antes que el Estado de California lo hiciera. Ese mismo tipo de respuestas se repitieron en Alemania, aunque con mayor coordinación federal; mientras que, en otros países, aun con un regionalismo de importancia, como España e Italia, aguardaron a que el Estado central adoptara las medidas para luego acoplarse a ellas.

En simultáneo, también se observan actitudes de competencia entre Estados locales, que pueden devenir en un mal simultáneo. ¿Qué ocurre si un Estado compra muchos más respiradores que los necesarios para dar seguridad a sus ciudadanos de que estarán disponibles si se acrecienta la crisis, pero así priva a otros de hacer lo mismo, frente a una oferta limitada? ¿Debe intervenir el Estado Federal? ¿O ello es una intromisión en la decisión de cada unidad inferior? (3). Seguramente se piense en la adquisición de respiradores por parte de varias provincias argentinas, particularmente Mendoza, y en la actuación del gobierno nacional frente a ello. No; en realidad nos referíamos a la adquisición de respiradores por parte de Estados norteamericanos que privaron a Nueva York de hacerlo, lo que motivara la agria reacción de Cuomo solicitando la intervención de Donald Trump, quien, por cierto, sostuvo carecer de facultades, para no hacerlo. Como se puede observar, los problemas que enfrentamos se reproducen en distintos países.

Tenemos así en estos párrafos introductorios dos grandes temas, que intentaremos despejar en los subsiguientes: 1. ¿la pandemia ha fortalecido el federalismo o lo ha debilitado?; y 2. ¿el actuar de las municipalidades excede el marco del art. 123 de la CN o se adecua a él? Toca anticipar que la generalidad que se incluye en las preguntas puede no coincidir con la singularidad de algunos casos, que allí estarán para demostrar la existencia de excepciones.

II. Pandemia y federalismo

Con mucho entusiasmo algunos autores norteamericanos observan, en la desobediencia que algunos Estados han mostrado frente a la actitud de Donald Trump, el renacimiento del “federalismo” e inclusive de la independencia que mostraban las ciudades, que tanto elogiara Alexis de Tocqueville (4). La reacción de Cuomo ante la crisis en Nueva York, o la de California, que se ha titulado como la de un Estado-Nación, se observan como una vuelta a la presencia de los Estados, desdibujada particularmente desde la época del *New Deal* y consolidada a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la que el gobierno federal progresivamente fue tomando mayor poder, a punto tal de poder hablarse de una “Administración o burocracia federal”, circunstancia de ningún modo llamativa por estos lares, donde hablamos de la Administración Pública Nacional, pero sí novedosa para los sectores más conservadores de la política norteamericana (5). De hecho, actualmente numerosos trabajos señalan que el Estado Federal, excepto el estado de sitio, carecería de facultades para imponer cuarentenas u otras medidas de salud, que corresponden a los Estados, tal como se definiera al hacer fracasar el plan *Medicaid* del presidente Obama, o para hacerlas cumplir mediante sus fuerzas policiales, de las que carece la Unión (6).

Por cierto, que una crisis fortalezca las instituciones federales o que ellas obren como marco de contención no es inédito en la experiencia argentina. Antes bien, como destacábamos en un viejo artículo, fueron las provincias las que permitieron superar la crisis de 2001, impidiendo que la diáspora de gobernantes y la implosión de los partidos políticos llevaran a males mayores (7). En ese estadio, es esperable que las jurisdicciones actúen, inclusive al habilitar sus marcos institucionales o circunstancias políticas, a veces respondiendo más rápidamente que el Estado Nacional. Sin embargo, toca mencionar que este no es el caso actual, donde precisamente el gobierno federal se puso al frente del esfuerzo y eventualmente, con días de dife-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado y escribano (UNLP), LLM en Comparative Law (University of Miami). Doctor en Derecho UBA. Especialista en Derecho Público. Profesor Facultad de Derecho UBA e INAP. Director Nacional en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(1) Tal vez ya nos anticipa este camino la demanda colectiva que ha sido interpuesta, en el Estado de Florida, por el Estudio Matthew Moore, haciendo responsable al Estado de la República Popular China por la expansión del coronavirus, atribuyéndole haber demorado la difusión de la existencia de la epidemia para evitar perjuicios en su

economía y con ello permitir la expansión del virus hacia otros Estados (ver <https://www.law.com/dailybusinessreview/2020/03/13/class-action-filed-against-china-over-covid-19-outbreak/?slreturn=20200308184145>); así como el mero hecho de que algunos abogados en el mundo ya se estén preguntando si es posible responsabilizar al Estado por la afectación de sus actividades y patrimonios, aun cuando su actuar sea lícito (inclusive en países como Alemania, ver <https://www.heuking.de/en/news-events/articles/is-the-state-liable-for-loss-of-revenue-resulting-from-measures-taken-against-covid-19.html>).

(2) Ver [https://edition.cnn.com/2020/03/17/us/states-](https://edition.cnn.com/2020/03/17/us/states-measures-coronavirus-spread/index.html)

[measures-coronavirus-spread/index.html](https://edition.cnn.com/2020/03/17/us/states-measures-coronavirus-spread/index.html).

(3) Esta fue la primera reacción del presidente de los Estados Unidos ante el pedido del Estado de Nueva York de que interviniera en la adquisición de insumos médicos. Textualmente respondió: “*We’re not a shipping clerk*” (“no somos un despacho de compras”), y encomendó a cada Estado hacerse cargo del problema.

(4) TOCQUEVILLE, Alexis de, “La democracia en América”, Ed. Akal, Madrid, 2007 (original publicado en 1835).

(5) COST, Jay, “Pandemic proves the wisdom of federalism”, *The Washington Examiner* del 02/04/2020, [https://www.washingtonexaminer.com/opinion/pandemic-proves-](https://www.washingtonexaminer.com/opinion/pandemic-proves-the-wisdom-of-federalism)

[the-wisdom-of-federalism](https://www.washingtonexaminer.com/opinion/pandemic-proves-the-wisdom-of-federalism).

(6) FARBER, Dan, “Federalism and the pandemic”, 07/04/2020, en <https://legal-planet.org/2020/03/26/federalism-and-the-pandemic>.

(7) PULVIRENTI, Orlando, “A diez años de la reforma a la Constitución de 1994, el gobierno parlamentario de enero de 2002 a mayo de 2003”, en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *A diez años de la reforma de la Constitución Argentina*, Ed. Advocatus, Buenos Aires, 2005, ps. 201-214.

rencia, acordó mediante reuniones presenciales y virtuales con los gobernadores los pasos y mecanismos a seguir.

Pero ello no ha impedido que algunas provincias, en exceso de celo, generaran sus propias medidas, alterando el camino crítico fijado por el Estado Nacional. De ello da cuenta el reciente fallo de la justicia federal de Resistencia, al dictar una medida cautelar que deja sin efecto la disposición del Ministerio de Salud de la vecina Provincia de Corrientes que establecía la obligatoriedad de permanecer en cuarentena para los profesionales de salud que brindaran tareas en la vecina Chaco. Podrá argumentar la provincia litoraleña que eso se debe a que el número de casos en su vecina jurisdicción es mucho mayor que el registrado en la propia; sin embargo, la justicia, que por cierto es federal, ha hecho imperar el concepto de unidad por sobre el de separación y desconocimiento de las reglas impuestas por el gobierno central. Puede plantearse similar escenario frente a decisiones draconianas de algunas provincias, cuyos gobernadores parecen sostener que su completo aislamiento es la salida para un problema que afecta a los argentinos; tal ha sido el supuesto de la Provincia de Jujuy, por ejemplo, que habla de imposibilidad de “repatriación”, refiriéndose a sus propios coterráneos en provincias linderas (8).

Y finalmente nos detenemos en un aspecto que el primer decreto de necesidad y urgencia (DNU) ha utilizado para asegurar la autoridad federal, que es el art. 128 de la CN. En efecto, el federalismo argentino reserva para los gobernadores un rol: el de ser agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, a las que —recordamos— el art. 31 les da un reaseguro jerárquico frente a las provinciales.

III. Pandemia y municipalismo

Ahora bien, cuando entramos en el capítulo municipal, la cuestión se hace más álgida al ser analizada en términos de constitucionalidad o legalidad, frente a la proliferación de decretos y vías de hecho, que resultan aún más contradictorios con los propios marcos referenciales provinciales en aquellos casos en los que las Constituciones locales no reconocen la autonomía plena —o siquiera la autonomía a secas—, tales los casos de Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza.

Repasemos un poco algunas de las medidas que han dictado distintas municipalidades de nuestro país. Muchas de ellas han caracterizado actividades no previstas en el DNU 260/2020 como “esenciales”, permitiendo su realización e inclusive regulando su modalidad de prestación (9); otras han establecido horarios de apertura y cierre de comercios y actividades modifi-

cando normas preexistentes locales y provinciales, fijando condiciones de acceso a comercios y establecimientos, pautas de circulación, toques de queda (10), uso de implementos de seguridad —tales como guantes o barbijos—; algunas han determinado “tasas especiales” para contribuir al esfuerzo de la lucha contra la pandemia. Es decir, hay un amplísimo marco normativo, en unos casos dentro de sus competencias; en otros, excediéndolas ampliamente.

Y en este punto es interesante recordar un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, que es aplicable a nuestro propio ordenamiento: “De la emergencia no puede nacer, un poder que no ha existido nunca” (11); por ello, la situación excepcional permite resortes extraordinarios, pero nunca asumir competencias que no son —ni han sido— propias, y ese es el marco en el cual puede establecerse un parámetro para evaluar lo que actúan las municipalidades.

Vayamos al primer punto, la declaración de servicios esenciales. Si la Nación ha establecido por DNU 260/2020 y 297/2020 cuáles son y veda la posibilidad de realizar todas las otras, pareciera lógico que un municipio no pueda sustituir o modificar ese criterio, salvo que sea para mejorar el estándar allí aplicado (12).

Sin embargo, numerosas municipalidades han definido precisamente actividades no mencionadas en esos decretos, estableciendo además criterios contradictorios. Por ejemplo, aquellas jurisdicciones del Gran Buenos Aires donde aparece como fenómeno urbano de trascendencia el de los emprendimientos inmobiliarios privados —sean clubes de campo, de chacra, barrios cerrados o núcleos urbanos (Pilar del Este, Nordelta)— han regulado el ingreso de jardineros, pileteros y personal de desmalezamiento, con matices que van desde la prohibición hasta el establecimiento de registros. Así, mientras Brandsen generaba un Registro de Prestadores y llegaba al absurdo de intentar regular el corte de pasto por parte de los propios vecinos dentro de sus propiedades (13), la Municipalidad de Pilar dispuso la posibilidad de la actuación de personal de mantenimiento en los barrios cerrados; por otra parte, la de Escobar, que inicialmente prohibió la actividad, luego permitió la de pileteros (para evitar la acumulación de espejos de agua, en prevención del dengue) y luego la de jardineros, con el agravante de que el instrumento legal ha sido una resolución de la Secretaría de Hacienda (14). En el interin, el juez federal de Campana (15) ordenaba en esa localidad —y recordemos que tiene competencia sobre Pilar y Escobar— que se informe sobre esta circunstancia, ya que, aplicando los DNU nacionales, no hallaba esas excepciones contenidas en las actividades permitidas. Cierto es, además, que se produjeron intensos cruces de vecinos de

los propios barrios —que adquieren en muchos casos, por cantidad de habitantes, y a pesar de su particular estatuto jurídico, las dimensiones de pueblos de cualquier lugar del país—, entre quienes solicitaban esos servicios y quienes bajo ningún motivo querían verse afectados por la posibilidad de romper el aislamiento social.

En cuanto al segundo aspecto, el toque de queda, dependiendo de cómo la medida se implemente en la realidad, es claro que ella aparece como un supuesto refuerzo de la prevención dispuesta por el gobierno nacional respecto de la posibilidad de restringir la circulación general, pero cualquier paso más allá necesariamente se ubica en el incierto límite de lo que sería un estado de sitio, el que únicamente puede ser sancionado en caso de conmoción interior por el Congreso de la Nación, y ello hasta el momento —como todos sabemos— no ha ocurrido.

Respecto de la limitación de horarios de comercios, si bien a mi criterio ello debería ser una facultad municipal (16), lo cierto es que es una postura que no ha compartido la justicia en las recordadas causas “Walmart” y “Carrefour”, en las que sostuvo que tal potestad es de carácter provincial (17). En consecuencia, si los municipios en tiempos normales carecen de esa potestad, no se observa bajo qué extraña alquimia legal pasarían a disponer de ella en tiempos de pandemia (18). En una dirección similar se halla el caso de la venta de determinados productos que lejos han estado de cualquier prohibición nacional, tal el caso de la comercialización de vino. En efecto, más de cuarenta municipalidades, argumentando que el consumo de vino potencia las reuniones entre personas, impiden la venta de esos productos. Nótese no solo que se estaría excediendo una facultad municipal, sino adicionalmente que no se observa una razonabilidad entre la medida adoptada (prohibición de venta de vino) y la finalidad perseguida (evitar la reunión social) (19).

Dejamos para el final la adopción de medidas extraordinarias de higiene, como el uso obligatorio de barbijos que ha dispuesto la Municipalidad de Zárate. Si bien puede sostenerse que hay una concurrencia en la materia con la Nación y la Provincia, no es menos cierto que, cuanto menos, debe ser tamizada por los filtros de la razonabilidad y la proporcionalidad, que en este tema en particular establece la ciencia. Y en ese punto, dado que la propia Organización Mundial de la Salud duda de la eficacia de la medida, un aspecto es la recomendación y otro la obligatoriedad de uso bajo apercibimiento de una sanción.

También se ha denunciado la aparición de tasas especiales para cubrir costos derivados de la pandemia, con el supuesto agravante de no

haber sido aprobadas por el Concejo Deliberante —y, en el caso de las municipalidades bonaerenses, con el concurso de la Asamblea de Mayores Contribuyentes—. Tal hecho, de resultar de la manera expresada, sería de gravedad (20).

A la luz del breve repaso realizado anteriormente, aparece un primer problema, que radica en la competencia municipal sobre la materia; pero luego, uno menor es el mecanismo que es utilizado para ejercer esa potestad, de existir. Y aquí el análisis es un poco más estricto. Lo que se observa es que la mayor parte de las municipalidades no han convocado ni solicitado la intervención de los Concejos Deliberantes, por lo que son los intendentes quienes dictan decretos, ordenan conductas o inclusive imponen restricciones, sanciones o imposiciones tributarias por esa vía.

III.1. El decreto de necesidad y urgencia municipal

En efecto, analizando los Boletines Oficiales —o páginas web, dado que muchos municipios aún no cuentan con ellos, o información periodística, en ausencia de ambos— notamos que la herramienta a la que se ha acudido asiduamente para instrumentar estas decisiones es el “decreto”. Y allí aparece el primer gran inconveniente: si bien revestidas de dicho *nomen iuris*, encontramos disposiciones de carácter legislativo, que imponen conductas en abstracto a un número indeterminado de personas.

Es decir, son “leyes” en sentido material que, sin embargo, no han transitado el camino formal requerido por la Constitución local, la Ley Orgánica Municipal o la Carta Orgánica, dependiendo de la provincia de que se trate, para restringir derechos y sus alcances (21).

Claro está que muchas intendencias sostienen que actúan en “espejo” del obrar nacional y que, en consecuencia, no hacen otra cosa que acudir a la herramienta de la que ha hecho uso el gobierno federal, tal como surge de los decs. 260/2020 y 297/2020, entre otros. Pero ese análisis de analogía trae dificultades adicionales en materia de derecho público. En primer lugar, esos DNU se sustentaron en una ley base que disponía la emergencia, bien que con espíritu crítico alguien podría sostener que exceden ese marco, pues, aun en tal supuesto, la invocación del inc. 3º del art. 99 le da, en el contexto de la emergencia, base constitucional a su utilización.

El problema para muchas provincias (22), y especialmente para la mayor parte de las municipalidades, en particular las bonaerenses, santafesinas y mendocinas, es que tal mecanismo no tiene recepción ni constitucional ni legal. Es decir, lisa y llanamente, están operando con una

{ NOTAS }

(8) Ver “Jujuy cierra sus fronteras”, *El Independiente* del 18/03/2020, <https://www.elindependiente.com.ar/pagina.php?id=238597>. Se ha dado un caso similar en Australia, donde algunos Estados, ante la inactividad del gobierno federal y de otros Estados, decidieron cerrar sus fronteras e impedir ingresos desde otras divisiones nacionales. Ver <https://www.strategic-culture.org/news/2020/03/28/the-pandemic-toll-on-federalism/>, donde Madsen Wayne discute el efecto que la pandemia ha tenido sobre el federalismo en distintos países del mundo y cómo deberá trabajarse luego de la crisis. En contrario, Canadá ha coordinado adecuadamente los esfuerzos federales y estatales, señalándose como contraejemplo de lo que acaece en los Estados Unidos.

(9) Por ejemplo, el 12/03/2020, antes de cualquier medida nacional, la Municipalidad de Bahía Blanca dictó el dec. 317/2020, suspendiendo por su art. 1º “todos los eventos organizados por organismos públicos, privados o particulares que requieran autorización o permiso municipal, como así también toda actividad social, educativa, deportiva o cultural que implique la concurrencia masiva de público”; luego le siguió, el 16/03/2020, las Municipalidades de La Plata, Olavarría, Tandil, Pila, Mar del Plata, Avellaneda, Brandsen y Guido, entre muchísimas otras.

(10) Es un ejemplo de ello la Municipalidad de Carlos Casares, aunque se menciona en la misma dirección a Coronel Rosales, Lezama, Pehuajó y General Madariaga, entre otros. Ver “Pandemia: coronavirus en Argentina: Carlos

Casares, otra localidad que decretó el toque de queda”, *Clarín* del 30/03/2020.

(11) “Wilson c. New”, 243 US 332, 348 (1917).

(12) Coincidimos en este punto con el interesante análisis que realiza MARCHIARO, Enrique, “Cierres municipales y pandemias”, *DPI Cuántico*, Doctrina Destacada, Boletín 273, 07/04/2020, www.dpicuatico.com.

(13) La Municipalidad de Brandsen, por dec. 479/2020, crea el Registro de Parqueros para Corte de Césped, quienes deben ser del distrito, inscribirse y portar la autorización del municipio. “Quedan exceptuados del Registro los propietarios e inquilinos que deseen desarrollar las tareas de corte de césped por sí mismos en sus viviendas, debiendo respetar los días y horarios establecidos...”.

(14) Municipalidad de Escobar, res. 27/2020 de la Secretaría de Hacienda, del 27/03/2020; es decir, ni siquiera se trata de un decreto municipal.

(15) Ver <https://www.infobae.com/sociedad/2020/03/25/pusieron-custodia-policia-en-un-country-para-evitar-que-entren-jardineros-y-pileteros/>.

(16) PULVIRENTI, Orlando, “El 123 por La Plata no pasa (reflexiones sobre el estado de la autonomía municipal en la Provincia de Buenos Aires)”, RDA 60-557, <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id=5370&id2=6394>.

(17) En la causa SCBA, 14/04/2004, “Carrefour c. Municipalidad de La Plata s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - medida cautelar”, I-2132, el Máximo Tribunal

sostuvo que la Provincia de Buenos Aires no le ha cedido al municipio la potestad de regular la actividad económica del comercio, la que es competencia provincial. Hoy mismo reitera ese postulado el hecho de que, el día 23/03/2020, la Provincia de Mendoza, por decreto, dispusiera que la apertura de todos los comercios de esa jurisdicción sería a partir de las 10 de la mañana, a fin de evitar horarios pico. Ver <https://www.memo.com.ar/poder/por-decreto-el-gobierno-provincial-cambio-los-horarios-de-apertura-de-comercios/>.

(18) Por ejemplo, Junín dispuso un cambio en el horario de apertura y cierre de comercios, lo que motivó la queja de la oposición; <https://laverdadonline.com/el-frente-de-todos-cuestiona-en-horario-de-los-comercios/>.

(19) “Preocupa la prohibición de vinos en 42 municipios del país”, *Cadena3* del 07/04/2020: “Ocurre en ciudades de las provincias de Catamarca, Córdoba, La Rioja, Chaco, Jujuy, Misiones, Neuquén, Salta y Santiago del Estero”.

(20) La salvedad responde a un primer inconveniente, que es el acceso a la información oficial. El sitio del que dispone el municipio aludido, que es el de Juan José Castelli, en la Provincia de Buenos Aires, a la fecha de la consulta (07/04/2020) carece de cualquier remisión a normativa local. De esta forma, no es posible acceder al supuesto dec. 377/2020 de dicha comuna, que habría impuesto la contribución adicional, impugnada por el diputado Luciano Bugallo, según da cuenta *numerosa* prensa. Ver <https://www.lacapitalmdp.com/denuncian-al-intendente-de-caste>

lli-y-piden-suspender-el-cobro-de-un-impuesto-encubierto/; <https://codigobaires.com.ar/nota/116665/denunciaron-al-intendente-de-castelli-por-cobrar-un-impuesto-extraordinario-al-sector-rural/>, entre otros medios, que citan palabras del intendente que corroborarían lo expresado y su justificación de la ausencia del Concejo Deliberante, lo que haría más gravosa la decisión, por cuanto los DNU ni siquiera en la Nación pueden avanzar en materia tributaria.

(21) Creemos necesario recordar que en la OC 6 de la CIDH se ha expresado que, al momento de restringirse derechos humanos reconocidos por la Convención Interamericana, es necesario que el instrumento sea una ley formal, es decir, con plena intervención del Congreso —en este caso, Concejo Deliberante—, depositario de la representación popular propia del Estado democrático.

(22) Bidart Campos, en postura sostenida por otros ilustres constitucionalistas, expresa que “...cuando una Constitución provincial no autoriza al Poder Ejecutivo a dictar estos decretos: a) el principio prohibitivo surge de la división de poderes que, sin norma local expresa, ha de tenerse como regla impeditiva, b) el principio de autonomía significa que las provincias pueden prohibir los decretos referidos aunque la Constitución federal los consienta a favor del presidente de la República; c) de la coordinación de los principios citados en los incs. a) y b) se desprende que transferir analógicamente al derecho provincial la permisión que en el orden federal habilita al Ejecutivo a dictar decretos de

herramienta no prevista en sus ordenamientos jurídicos y, por ende, *prima facie*, de difícil constitucionalidad.

III.2. El porqué de la no actuación de los Concejos Deliberantes

Ligada a la existencia de “decretos” de las intendencias, se suma la casi completa ausencia de funcionamiento de los Concejos Deliberantes municipales, casi como un retrato de lo que acaece con las Cámaras nacionales y en numerosas provincias. Ahora bien, la poco explicable ausencia de trabajo del Poder Legislativo (al momento de realizar este trabajo) en tiempos en los que el Poder Ejecutivo y el Judicial continúan haciéndolo —aun con limitaciones— puede llegar a tener una explicación en el ámbito federal y estadual, dado el número de representantes a los que se hace alusión y la cantidad de asesores con las que cuentan y que su funcionamiento exige; pero extrapolar sin más esa situación al ámbito local requiere de alguna justificación distinta que la de reproducir lo que hacen las otras jurisdicciones citadas.

Es que, salvo contadísimas excepciones —como el caso de Córdoba Capital, con un Concejo de 31 integrantes, algunas municipalidades populosas de la Provincia de Buenos Aires, que en virtud de la Ley Orgánica Municipal cuentan con 24 concejales, y capitales de provincias, con números similares—, la mayor parte de las municipalidades argentinas tienen cuerpos con números que oscilan entre diez y menos ediles, número que claramente puede adquirir una reunión de un Ejecutivo comunal, con recintos lo suficientemente amplios para mantener distanciamiento

{ NOTAS }

necesidad y urgencia es violar la autonomía provincial, porque en ejercicio de ellas las Constituciones que no conceden similar permisión a los gobernadores deben interpretarse en el sentido de que la vedan”. BIDART CAMPOS, Germán, “La intervención por decreto de urgencia a un Concejo Deliberante en La Rioja”, ED 162-550. Ver también CHIACHIERA CASTRO, Paulina - CALDERÓN, Maximiliano, “Los decretos de necesidad y urgencia en las provincias”, en *Estudios de derecho público*, Ed. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, diciembre/2013, ps. 433-447.

(23) Podríamos traer infinidad de noticias, puesto que

social sin necesidad de violar reglas de sanidad. Y claro está que tampoco ello violará el DNU 260/2020, dado que expresamente excluyó del ámbito de las personas que deben permanecer aisladas a las autoridades superiores de las municipalidades.

En este escenario, es una responsabilidad clave de los presidentes de los Concejos Deliberantes hacer que estos funcionen; no puede resultar, por la mera conveniencia de evitar el debate, la inexistencia del funcionamiento del organismo legislativo, que representa como ningún otro la voluntad de los ciudadanos.

III.3. Vías de hecho administrativas

Dejamos para el final el capítulo más llamativo del actual cuadro de situación, que es la multiplicación de vías de hecho administrativas. Entendemos por tales, en principio, la ejecución de conductas materiales que no se corresponden con actos administrativos que los ordenen y que *prima facie* parecen contravenir disposiciones legales y constitucionales. Así, muchos municipios han cruzado maquinarias en distintos accesos, o directamente, con paladas de tierra, escombros u otros medios, han cerrado los caminos de llegada y salida (23), o han impedido con agentes municipales el tránsito de mercaderías por arterias que deben ser transitadas para comunicarse con otras localidades e inclusive con otras provincias o países. Tales decisiones han sido adoptadas sin procedimiento, sin notificación a los interesados y, si bien con una intención de proteger a la población, sin una evaluación escrita de los pros y los contras de tal actuar.

han abundado las publicaciones dando cuenta de esta modalidad desde el 20 de marzo hacia adelante. Como ejemplo, pueden verse <https://noticias.perfil.com/noticias/politica/coronavirus-mas-ciudades-blindan-sus-accesos-sin-permiso-oficial.phtml>; <https://www.ambito.com/nacional/ezeiza/intendentes-bonaerenses-bloquean-acceso-sus-municipios-n5090694> o, en la provincia de Santa Fe, <https://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/roldan-endurecio-las-restricciones-y-cerro-los-accesos-la-ciudad-n2573192.html>, dándose cuenta de que la Intendencia cerró los accesos y solo permite el ingreso a la ciudad de quienes demuestren residencia allí o

Esas medidas seguramente han sido tomadas en el fragor del problema y ante la certeza del aval de la población local, pero están reñidas con elementales pautas legales, bajo las cuales sus decisiones serán juzgadas en algún momento (24). Alguien podrá decir que sin daño no hay una subsecuente responsabilidad, que sería el perjuicio de mayor importancia que podrían sufrir las comunas en el caso; pero la violación del Estado de derecho y de la legalidad es de por sí un daño institucional enorme. Pudiéndose hacer las cosas conforme a la normativa, no hacerlo es un riesgo inconmensurable para un país que ha vivido demasiado tiempo al margen de la ley.

IV. Conclusiones

De la misma manera en que la pandemia exige responsabilidades individuales frente a la colectividad, no hay salida ni respuesta en solitario para los Estados. No la hay para el municipio sin la provincia, ni para estas sin la Nación; y podríamos añadir algo más que nos enseña esta pandemia: ni siquiera para la comunidad internacional sin colaboración recíproca.

Ahora bien, la federación, que consideramos la forma más adecuada de organización estadual para nuestro país, exige un enorme esfuerzo de coordinación; sin ella es siempre posible que alguien se vea tentado por cualquier especulación, dentro de la cual se halla la política de salvarse a sí mismo sin observar elementales pautas de colaboración, al aislarse de los otros. La adquisición de respiradores es un ejemplo de ello. En esta dirección, podríamos decir que el

federalismo sin afectación de la unidad que pretendía Alberdi resultará fortalecido al final de este camino.

Las municipalidades son un eslabón sustancial en la adopción y ejecución de medidas en cada una de las jurisdicciones para asegurar la eficacia de las medidas de prevención y difusión sobre el contagio del COVID-19. Son las que soportarán el embate de los enfermos y, lamentablemente, de quienes fallezcan a consecuencia de ese virus. Ello las hace particularmente trascendentes, como pieza necesaria para asegurar las políticas mencionadas; pero ese rol se desmerece cuando la sobreactuación, el exceso o el acudir a vías de hecho hace primar el excesivo localismo por sobre la unión y el bienestar general que hacen a la provincia y a la Nación. Mucho más, afecta sus instituciones republicanas —exigidas por los arts. 5º y 123, CN— cuando, por decisión de sus integrantes o indicación de los Ejecutivos, se suprime la actividad de los Concejos Deliberantes, que por su número y composición en la gran mayoría de nuestros municipios podrían —y deberían— trabajar a la par del Poder Ejecutivo local, debatiendo, acompañando y mejorando las propuestas destinadas a acordar bienestar a los vecinos.

Como ha dicho la Corte Suprema, la emergencia no puede estar por encima de la Constitución Nacional, y es en ese marco en el que debe actuarse y reflejarse el actuar de todos los niveles estaduales.

Cita on line: AR/DOC/1173/2020

Derecho municipal y pandemia

LOS MUNICIPIOS PUEDEN REGULAR DE MÁS EN TANTO NO INTERFIERAN EN EL INTERÉS NACIONAL

Enrique J. Marchiaro (*)

SUMARIO: I. La materia sanitaria, incluso emergencia, es concurrente. — II. El actual derecho municipal argentino. — III. Cierres municipales y aislamiento de ciudades dispuesto por una provincia. — IV. Validez e invalidez de medidas municipales más intensas (barbijo social, desinfecciones y veda de alcohol). — V. La Nación delega en los municipios el control de la Ley de Abastecimiento.

I. La materia sanitaria, incluso emergencia, es concurrente

El poder de policía sanitario es una competencia tan clásica como concurrente en nuestro federalismo. Dicha concurrencia alcanza los cuatro órdenes de gobierno, cuales son Nación, provincias, CABA y municipios. Y si bien los últimos no son sujetos de la relación federal, cada día adquieren mayor trascendencia en las políticas públicas, incluso en el diseño mismo de nuestro sistema jurídico en tanto el derecho municipal argentino es una de sus ramas autónomas (1).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Doctor en Ciencias Jurídicas; docente de postgrado en derecho UNL, UNQ y UCSFE.

La pandemia —declarada como tal por la OMS— constituye una situación de emergencia “típica”, de allí que casi por unanimidad nuestra doctrina constitucional afirmó que se han dado sus supuestos habilitantes (2), lo cual también se ha confirmado a nivel convencional desde su cabal cumplimiento de los estándares humanitarios fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su res. 1-20 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”.

Que la Nación legisle sobre una materia que simultáneamente es concurrente no significa que ella haya sido absorbida por el Gobierno fe-

deral, lo cual se dio en numerosos casos durante el siglo XX en tiempos del federalismo dual, cuando se expropiaron materias subnacionales al amparo de la teoría de los poderes implícitos del Estado federal.

Ello se deduce de la naturaleza de la concurrencia, que no es otra cosa que la acción simultánea de la Administración nacional, la provincial pero también municipal, en la gestión de intereses comunes de orden económico y de progreso y bienestar general, pero con una jurisdicción propia, fundada en poderes propios y, por eso, exclusivos (3).

salvar vidas. El debate, en la dimensión municipal, conlleva el filosófico, por la eventual duda que puede plantearse al momento de decidir entre valores y leyes o, más adecuadamente, entre justicia y ley. Pero lo cierto es que ese camino siempre corre el riesgo, más cuando la decisión es tomada unipersonalmente por el intendente sin acuerdo del cuerpo deliberativo, de incurrir en subjetividades o excesos. La prudencia no siempre es una virtud que acompañe a todos los gobernantes. Y nuevamente, desde la advertencia jurídica, debe intentar armonizarse el actuar con las normas, y no desafiarlas directamente.

A partir de la reforma constitucional de 1994 la Nación ya no puede hacerlo, no solo porque el poder de policía como institución se reconoció en su justo equilibrio competencial (art. 75, inc. 30) sino porque el diseño federal en general se fortaleció, lo que se comprueba, además, con la cláusula medioambiental del art. 43, que va de la mano de la materia salud pública.

En este marco, las medidas urgentes tomadas por el Gobierno nacional, con el adecuado apoyo de todo el arco político y los gobernadores, determinan el punto de partida elemental para comprender la necesidad, la razonabilidad y la

(1) ROSATTI, Horacio, “Tratado de derecho municipal”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2012, 4ª ed. ampl. y act., ts. I y II.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Una emergencia que garantiza derechos”, *Diario Infobae*, 20/03/2020.
(3) BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, Ed.

La Ley, Buenos Aires, 1964, 6ª ed.

proporcionalidad del conjunto de disposiciones hasta hoy dictadas.

Los considerandos de estas normas y su articulado son claros. No nos detendremos en el punto, solo trabajaremos aquellos aspectos que hacen a la cuestión de competencia municipal, a saber: el DNU 260 en sus arts. 1º, 2º, incs. 11, 12, 15 y 16, 7º, 8º, 11, 18 y 19; el DNU 297/2020 en sus arts. 1º a 6º y sobre todo el 10 y 11 y hasta este momento el DNU 408/2020, en sus arts. 3º, 5º, 8º y 9º.

Sin duda que el bloque normativo nacional tiene operatividad en todo el territorio sin necesidad de adhesión subnacional o local alguna, la que en todo caso al darse coadyuva para agilizar su cumplimiento y se impone por razones de “buena fe y lealtad federal”, principios estos centrales en el ideario reformador federal de 1994 (4).

Es que la concurrencia tiene estas posibilidades: ejerce la competencia uno u otro nivel de gobierno solamente, ante lo cual no hay conflicto. La ejercen ambos de modo simultáneo, ante lo cual tampoco hay conflicto, incluso mediando dispendio y superposición competencial.

El conflicto solo se da cuando el ejercicio subnacional resulta “repugnante” o interfiere de modo absoluto con el nacional. Y no porque este último sea superior, sino por una simple regla que nos indica que todo conflicto debe tener un punto final en su plano institucional.

La regla y no la excepción son las competencias concurrentes, lo ha dicho la Corte Suprema desde fines del siglo XX y sin dudas en el siglo XXI, a la luz de la reforma de 1994. Por ende, se impone la coordinación, la cual tiene a su vez múltiples modalidades, que se verifican en el actual esquema sanitario nacional-provincial-municipal.

Por supuesto que esta forma de Estado implica también flexibilidad epistémica en los intérpretes, pues el acento no se debe poner en la división competencial sino en la relación: “La idea de federalismo como cooperación se apoya en un supuesto fundamental y es el que reconoce que los poderes y funciones que ejercen las distintas entidades de gobierno son poderes y funciones que pueden ejercitarse en forma compartida o concurrente. En principio, no hay actividad exclusiva de uno de los niveles (...) el desarrollo de una relación mutua y permanentemente actualizada de manera ventajosa, no destruye el principio de división de competencias, sino que lo flexibiliza” (5).

Claro que la adhesión subnacional y local, además, resulta obligatoria respecto de sus materias propias, donde no hay concurrencia nacional ni siquiera en una emergencia pública. Es que, además, la emergencia es un instituto que también está en cabeza de los otros tres niveles estatales argentinos, por lo que su dictado por la Nación solo alcanza las materias nacionales y no las subnacionales.

Provincia y municipio deben adherir —y están obligados al afectarse el interés público de sus respectivos territorios— en lo que tiene que ver con sus competencias propias, no solo materias sino de gestión y de recursos. Además, podrán dictar sus propias disposiciones en la medida que no repugnen a las nacionales. Como en materia ambiental, podrán hacer de más y no de menos; si hacen de menos rige el bloque nacional y si hacen de más rige el subnacional y local. Este es el punto sobre el que versará básicamente este artículo.

II. El actual derecho municipal argentino

No es casual que la Nación haya convocado y reconocido a los gobiernos municipales en esta situación. Ello se corresponde con un dato elemental: el 92% de los argentinos vivimos en ciudades y pueblos. Y los núcleos urbanos no son lugares de autosuficiencia como antaño sino “nodos relacionales” en una verdadera interfase global-nacional-subnacional.

Por ende, cualquier medida nacional que pretenda tener un mínimo de chance real de efectividad debe contar con algún grado de participación municipal en su ejecución.

Nunca hemos visto como tan precisa la vieja fórmula del art. 128 de la CN que considera a los gobernadores como agentes del Gobierno federal, expresión que desde ya alcanza a los intendentes y así lo dispuso el art. 10 del DNU 297/2020: “Las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la CN, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias”.

Esto puede ser una novedad para quienes no sigan los temas del federalismo y del municipalismo contemporáneo; del mismo modo se sorprenderán al comparar la reacción institucional argentina respecto de otras federaciones, sobre todo la norteamericana.

Es así que algunos Estados han declarado medidas de cierre de colegios, actividades públicas, reuniones o impuesto cuarentenas, aun cuando el Estado Federal no lo hubiera hecho. También, por cierto, muchas ciudades establecen sus propias normas de emergencia sanitaria, incluso antes de que el propio Estado. Seguramente el lector pensará aquí que nos referimos al cierre de fronteras de algunas provincias argentinas, al impedimento de ingreso a algunas ciudades, toque de queda municipal, obligación de olfatear sustancias para determinar la posibilidad de coronavirus; no particularmente. Mientras el Estado de Nueva York proclamó la cuarentena, Donald Trump estaba aconsejando continuar la vida común sosteniendo que se trataba de un virus controlable; el Estado de San Pablo decretó el asueto escolar y la cuarentena siendo que el presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, sigue vociferando lo contrario (6).

El lugar de los municipios en el Estado y el derecho contemporáneo ha mutado, pues si partimos del principio establecido por Antonio M. Hernández de que “el derecho municipal es el derecho de la ciudad”, toda transformación de ella se reproduce en el derecho y las formas del Estado (7).

El derecho municipal —a diferencia del resto— solo existe en interacción con otras ramas (derecho administrativo, derecho público provincial y constitucional, derecho ambiental, derecho urbanístico, derecho del consumidor, de la minoridad, económico, etc.) y escalas (supranacional, nacional, provincial). Va funcionando más bien como un “derecho en red” y no como un corte o rama del sistema jurídico.

Nuestra Constitución Nacional, desde su reforma de 1994, cuenta con dos disposiciones que enriquecen el sistema competencial local, más allá de lo que dispone la norma del art. 123 ratificatoria de la autonomía municipal: el art. 41, que fija un nuevo tipo de federalismo, y el inc. 22 del art. 75, que incorpora el bloque de derechos

humanos. Ambas disposiciones alcanzan a los municipios.

Respecto del art. 41, pacíficamente se entiende que esta nueva concurrencia implica que ahora hay un “piso ambiental” fijado por la carta magna nacional y la legislación dictada en consecuencia con directa aplicación en las provincias, las que en todo caso pueden hacer de más pero no de menos (principio de “complementariedad maximizadora”). Y dicho esquema se reproduce al par en la relación Nación-provincia-municipio (8).

Claro que este “hacer o exigir de más a nivel local” es permitido dentro de la competencia municipal, por lo que no se puede obrar extramuros ni invadir competencias de los niveles provincial ni nacional. Ahora bien, esto que parece tan simple no lo es, en tanto la mayor cantidad de competencias que se ponen en juego en nuestro tiempo son de tipo concurrente.

La autonomía municipal no constituye tampoco un haz de competencias absolutas propias —visión sustancial y apriorística, afín al modelo dual en cierto modo— sino que actualmente se define como “relacional”.

“La llamada materia propia municipal, cualquiera sea el criterio que se adopte para definirla, está sujeta a vaivenes (que se traducen en crecimientos o decrecimientos de competencia) generados por el doble juego de relación entre lo público y lo privado (con su ámbito de transferencias horizontales) y lo nacional, provincial y municipal (con su ámbito de transferencias verticales). De este juego de fuerzas surgen los grados o niveles de reconocimiento o asignación de competencias” (9).

Finalmente vemos la dimensión derechos humanos-derecho municipal que consideramos una verdadera interfase jurídica y verificamos varios temas de importante debate no solo jurídico: el carácter social de la propiedad desarrollado a nivel local, las limitaciones a las fumigaciones periurbanas, las consultas populares municipales y aun las restricciones parciales respecto de la mega minería, la coordinación competencial respecto de la niñez vulnerable, las políticas de salud local con relación a la temática del aborto no punible, la protesta social y la ocupación de la vía pública (10).

Este es uno de los grandes desafíos del federalismo contemporáneo: ¿cuál es el margen de libertad de los espacios subnacionales en materia de regulación de derechos y libertades cuyo canon ha venido fijando la escala nacional y que ahora se ve enriquecido por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos?

Ya no hay espacio en el derecho argentino para considerar que los tratados de derechos humanos requieren no solo reglamentación sino adhesión provincial, pues el art. 75, inc. 22, es absolutamente claro y la mera disposición del art. 28 del Pacto de San José de Costa Rica en su cláusula federal despeja cualquier duda (11).

Por ello hay una creciente jurisprudencia en la Argentina que obliga a los municipios en esta materia cuando hacen de menos con relación a los estándares del bloque humanitario: con relación a discapacitados, a vivienda social o menores, los fallos son claros en cuanto a la directa operatividad en sede local de estos “pisos”. Si son operativos vía judicial cuando no se cumplen, del mismo modo lo son cuando por imperio propio los municipios los aplican.

Así como el federalismo en Occidente se rediseñó durante el siglo XX en tiempos del Estado

de Bienestar, también lo hará en el siglo XXI bajo el paradigma de los derechos humanos. En el siglo XX una parte de ese rediseño causó no pocos problemas y mal usado fue objeto de vaciamientos competenciales locales, de lo cual dio cuenta buena parte de la obra y la prédica de Pedro Frías, quien avizó con absoluta claridad el proceso actual: “Ha nacido la gestión intergubernamental. Como anticipó Antonio La Pégola, el federalismo ya es tanto normativo como contractual... las relaciones, no siempre horizontales, pero de cooperación, de coordinación, de decisión. La gestión intergubernamental es contractual. Yo conocí un federalismo meramente normativo. Política y administración son cada vez más interacciones entre diferentes niveles de gobierno, interacción tan importante como la asignación de competencias a la Nación, a las provincias, a los municipios, es la interrelación entre ellas. La gestión intergubernamental es la única compatible con la dimensión territorial” (12).

Veremos entonces si estos presupuestos jurídicos se comprueban en los municipios argentinos, para lo cual analizaremos varias de sus principales medidas tomadas con relación a la pandemia.

III. Cierres municipales y aislamiento de ciudades dispuesto por una provincia

Constatamos dos tipos de cierre físico de ciudades como mecanismo de control de la pandemia: los bloqueos (parciales y totales) dados por los propios municipios y el aislamiento sanitario dispuesto por la autoridad provincial en casos de gran circulación del virus.

El bloqueo total —pero a veces parcial— de los ingresos de ciudades y pueblos fue una de las primeras medidas que se tomaron a nivel local, lo cual provocó diversas reacciones sociales, pero también gubernamentales.

Hay que distinguir un cierre total de uno parcial. El primero es inconstitucional (por razones de incompetencia municipal) y el segundo es válido, en tanto el cierre parcial se realiza con la finalidad de concentrar todos los controles para asegurar las entradas y las salidas de cada localidad.

Ante esto algunos juristas vieron “un cierre inconstitucional de fronteras” (13) cuando la interdicción de circulación subnacional y local por razones de salud pública es una facultad elemental en nuestro diseño federal. Ello acontece en cualquier materia sanitaria e incluso ambiental de rutina.

La proporcionalidad se funda en que resulta imposible contar con personal público de control las 24 hs circundando una localidad; por ende, la única medida posible de control es el cierre temporal de ingresos, en tanto ello no impida la circulación de servicios esenciales o personas excluidas de la ASPO. Esta debe ser la regla fundamental que sigan los gobiernos locales, lo que lamentablemente no ha ocurrido.

La interferencia local en este caso no solo lesiona el orden federal sino también constituye una infracción a la Ley Nacional de Abastecimiento y de los arts. 194, 248 y concs. del Cód. Penal. Así lo entendieron algunos juzgados penales con causas en curso respecto del cierre total local de rutas provinciales.

El Gobierno de la provincia de Santa Fe denunció penalmente al presidente de la comuna de Correa por bloquear la circulación de la ruta nro. 9 y por otro lado un fiscal de San Jorge en la misma provincia requirió de oficio el levan-

{ NOTAS }

(4) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2000-2003, ed. amp. y act.

(5) CASTORINA de TARQUINI, María Celia, “Federalismo e Integración”, Ediar, Buenos Aires, 1997, 1ª ed.

(6) PULVIRENTI, Orlando, “Tres fallos y el federalismo

en la pandemia”, *Microjuris*, 14/04/2020.

(7) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Derecho Municipal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª ed. actualizada.

(8) ESAIN, José, “La competencia judicial federal ambiental”, RDA, 18, junio de 2009.

(9) ROSATTI, H., ob. cit.

(10) MARCHIARO, Enrique, “Derechos humanos y ciudades”, Ediar, Buenos Aires, 2016, 1ª ed.

(11) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Los derechos y deberes en nuestro constitucionalismo subnacional”, en AA.VV., *Derecho Público Provincial*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, 1ª ed.

(12) FRÍAS, Pedro, “La descentralización del poder en Italia y Argentina”, en AA.VV., *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, AIDC y AADC, Buenos Aires, 2005, 1ª ed.

(13) RUIZ, Iván, “Coronavirus, constitucionalistas cuestionan el cierre de fronteras provinciales”, *La Nación*, 18/03/2020.

tamiento del vallado que había colocado la Municipalidad de Sastre sobre la ruta provincial nro. 64, puesto que, además, impedía el acceso a tres localidades vecinas.

Otra medida tomada a nivel municipal fue la prohibición de ingreso y sobre todo de permanencia en el municipio de “vecinos no residentes” por parte de gobiernos municipales de ciudades turísticas o con casas de fin de semana. La validez de esta excepcional medida surge del mismo art. 2º del DNU 297/2020 que fija como lugar para la cuarentena la “residencia habitual”, lo cual no alcanza a una vivienda de fin de semana.

La condición de “vecino” —tan afín a nuestro derecho municipal— no es otra que la de tener registrado el domicilio en una localidad, lo que determina entre otras cuestiones la condición de elector pasivo y activo en los comicios de las autoridades locales, pero también provinciales y nacionales.

Desde ya que la medida local de prohibición de ingreso de vecinos no residentes tutela de modo doble, pues preserva la propia localidad del virus, pero también al resto de ciudadanos nacionales, en tanto coadyuva con la prohibición de circulación que es el objetivo central del ASPO.

“Desde encumbrada doctrina constitucionalista, desde medios periodísticos que hacen de la rápida crítica un mandamiento, solo observan la letra de la norma o lo que creemos que es, sin advertir que desde el centro porteño y en salones confortables, la mira difiere geométricamente del imperio de la necesidad urgente de contestar demandas sociales y preservar la territorialidad con todos sus accesorios, que esa pequeña patria que constituye el municipio... Ante los hipotéticos desbordes hospitalarios en ciudades cuyas instalaciones son acotadas y en algunos pocos inexistentes, quién mide esta probabilidad es sin dudas el gobierno local, y por tal motivo el desaliento de turismo de fin de semana largo fue instalado por autoridades municipales y ulteriormente apoyadas por el propio gobierno federal para evitar contagios masivos” (14).

El segundo tipo de cierre de ejidos locales fue determinado ya por autoridades provinciales, sea el el Poder Ejecutivo o el Judicial, en estos casos para evitar que el virus se propague hacia otras localidades, al revés de las medidas locales que buscan evitar que el virus entre. De modo muy gráfico, en un caso el cierre local tiene como objetivo evitar que el virus “entre” y en otro caso el cierre local es para evitar que el virus “salga”.

La primera ciudad argentina puesta en aislamiento total fue la santafesina de Ceres, mediante una medida que se mantuvo durante 20 días. De inmediato su vecina localidad de Selva, Provincia de Santiago del Estero.

En ambos casos los ejecutivos provinciales solo aplicaron uno de los medios idóneos de control que recomienda en este caso la OMS, lo cual indica con claridad el Informe de Situación del Ministerio de Salud de la Nación del 19/03/2020, donde se indica precisamente que será inevitable el “bloqueo masivo de ciudades con casos confirmados y evidencia de transmisión”.

Pero también se dio un caso de aislamiento sanitario total de una ciudad por decisión judicial, como aconteció en Loncopué, provincia de Neuquén. Allí se registró un brote grave, pues donde residen 6000 personas fallecieron 2 y 24 estaban infectadas por COVID-19. La Justicia penal provincial indicó la medida sanitaria de cierre total y luego el municipio adhirió a ella, ocurriendo lo mismo que hace un año cuando se registró el brote de hantavirus en la Patagonia.

“Se ha desconocido que la Provincia de Chubut dispuso el aislamiento total del pueblo de Epuyén en enero de 2019 ante la epidemia de hantavirus: en una localidad de 3000 habitantes se registraron 26 contagios y 8 muertos en pocas semanas, por lo que el cierre total del pueblo fue un hecho traumático pero necesario. La Provincia acudió también a una acción judicial penal para aplicar el aislamiento... Epuyén es el primer aislamiento sanitario por virus que se dio en Argentina, lo que ocurrió hace apenas un año. Es inexplicable que institucionalmente no lo recordemos desde el derecho” (15).

IV. Validez e invalidez de medidas municipales más intensas (barbijo social, desinfecciones y veda de alcohol)

Desde hace décadas los estudios de federalismo jurídico demostraron que este es un sistema que actúa mediante “caos y cooperación”, así como también son conocidas las teorías de los bancos de prueba local o subnacional —con sólido sustento en la teoría de sistemas— por las cuales si una experiencia resulta exitosa, se expande al conjunto; y si fracasa, se invalida (16).

Con sumo realismo y respeto por nuestro federalismo, el esquema sanitario nacional de emergencia permite modulaciones subnacionales y locales en la materia. Este es uno de los grandes legados que nos dejará esta experiencia.

Tanto el DNU 260/2020 (arts. 2º, 7º, 8º, 11, 18 y 19) como el DNU 297/2020 (arts. 3º a 6º, 10º y 11º) y su posterior DNU 408/2020 (arts. 3º, 5º, 8º y 9º) remiten a la autoridad provincial y local para garantizar el control de la pandemia. Y esto es así por la simple razón de que los gobernadores y los intendentes son agentes del Gobierno federal, según dispone el art. 128 de la CN, al que remite el art. 10 del DNU 297/2020.

Pero, además, por una razón fundamental que precisamente caracteriza ya no al derecho sino a la misma sociedad contemporánea: el principio de proximidad. Aquel nivel de gobierno que más cerca está de los problemas es el que está en mejores condiciones de afrontarlos. Desde ya, no por una acción aislada y unilateral sino todo lo contrario, asistido por los niveles superiores (el viejo principio de subsidiariedad) y coordinando entre todos los niveles, puesto que los problemas contemporáneos requieren estrategias “en red”.

Prueba de ello es que varios municipios y luego algunas provincias fueron los primeros en disponer la obligatoriedad del barbijo social, la toma de temperatura en ciertos sitios públicos o privados de acceso público, el cierre de actividad comercial con horarios más restringidos o la organización de la circulación para las compras por número del DNI par o impar.

Del mismo modo, se dispuso un control más fuerte en los ingresos y egresos de las ciudades, no solo tomando la temperatura sino también desinfectando vehículos y camiones e incluso estableciendo puestos sanitarios. En este último caso, la medida no solo resultó tuitiva a nivel local sino proactiva respecto de los choferes de camiones, quienes en ocasiones no contaban siquiera con un sanitario habilitado en estaciones de servicio por el temor social al contagio.

Insistimos con que el bloque sanitario de emergencia nacional es operativo en todo el territorio y solo requiere adhesión subnacional y local en materias propias. Pero, a su vez, provincia y municipio pueden dictar sus propias disposiciones en la medida que no repugnen a las nacionales. Como en materia ambiental, pueden hacer de más y no de menos: si hacen de menos, rige el bloque nacional, y si hacen de más, rigen el subnacional y el local.

Dichas facultades locales son elementales en nuestro federalismo (arts. 5º, 41, 75 inc. 30, y 123, CN, y constituciones provinciales) y en este caso aparece una doble tutela, pues al resguardar la salud de sus vecinos simultáneamente se resguarda la salud nacional.

Nuestro sistema federal permite a las provincias y en su modo a los municipios la toma de medidas idóneas para tutelar a su población por razones de salud pública. Ello acontece en cualquier materia sanitaria o ambiental de rutina. Claro que para ello el municipio no puede legislar sobre materia ajena o vedada, como es el caso de la cláusula de comercio (17).

Puede incidir sobre ella y regular aspectos puntuales, pero en principio no está autorizado para regular directamente sobre compraventa de productos de libre circulación nacional.

Esto es lo que sucedió en alrededor de 50 municipios que vetaron la venta de bebidas alcohólicas por considerar que durante la pandemia este producto resultaría perjudicial por promover los encuentros sociales o inducir la violencia doméstica y de género, lo que afectaría el ASPO.

Aunque pueda distinguirse el grado de alcohol de estos productos, tal como lo hace el Código Alimentario Argentino que en su cap. 13 establece que el vino es un alimento, ello determinaría como inválida la prohibición municipal absoluta.

Es cierto que la política pública argentina en materia de lucha contra el alcoholismo es pobre, lo que reconoce el propio Estado en sus reportes técnicos. Hay escasa aplicación del plexo vigente en la materia: ley 24.788 de Lucha contra el Alcoholismo, ley 26.657 de Adicciones y su conexas 26.586, además, de la ley 26.061 sobre Derechos de los Niños. En general hay consenso internacional sobre ciertas medidas sanitarias como la regulación intensa de horarios y lugares de venta de alcohol, los impuestos que desalienten su consumo o la veda de publicidad (18).

Está claro que por dicho plexo y por normativa propia provincial y municipal los gobiernos locales tienen un amplio margen de regulación en la materia, pero no pueden tener como regla fijar prohibiciones absolutas de comercialización.

Se aclara muy bien esta cuestión en un interesante fallo de la Cámara Contencioso-Administrativa N° 1 de Santa Fe, “Energy Group SRL c. Municipalidad de Santa Fe” (AyS 12-209, del 24/04/2008): “Es posible, entonces, distinguir las potestades vinculadas a establecer que producto destinado al consumo humano se comercializa, circula y expende en el territorio nacional, de las relacionadas a la fijación de condiciones —entre otras— de tiempo y lugar en que dicho producto puede comercializarse. La regulación de estos últimos aspectos *prima facie* serían del resorte de la autoridad local, encargada también de habilitar los respectivos negocios (...). Al respecto y parafraseando a la Cám. Cont. Adm. N° 2 de Rosario (autos ‘Servi Sur’ del 14/03/2002) —con relación a la prohibición de vender bebidas alcohólicas en estaciones de servicios— no se prohíbe la comercialización de estas bebidas energizantes en el ejido municipal, ni se requiere determinadas exigencias (...) ni se regulan las condiciones en que deben efectuarse las transacciones sobre los mismos, lo que importaría regulación del comercio (...) por el contrario, la norma cuestionada se limita a regular —por razones vinculadas a la salud pública— condiciones que en principio harían al contenido y alcance mismo de la habilitación”.

La participación municipal en el esquema sanitario de emergencia se da también por el DNU 408/2020, que regula la nueva fase del proceso. En su art. 3º determina que “Los Gobernadores

y las Gobernadoras de Provincias podrán decidir excepciones al cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en Departamentos o Partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local sujeto ello a una serie de requisitos”.

Dicha norma fija un esquema de coordinación provincial-municipal para la autorización para caminatas recreativas en su art. 8º y refuerza una vez más el criterio de concurrencia y coordinación en el art. 9º: “Las autoridades de las jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en coordinación con sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las autoridades municipales, cada una en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, de los protocolos vigentes y de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias”.

V. La Nación delega en los municipios el control de la Ley de Abastecimiento

La profundización del esquema federal en el bloque sanitario de emergencia se ha dado en el DNU 351/2020 por el cual delega en los gobiernos provinciales y municipales algunos tramos de la vieja Ley de Abastecimiento —año 1974— que fue modificada 40 años después —año 2014—.

En su art. 2º “se convoca a los Intendentes e Intendentas de todos los municipios del país a realizar en forma concurrente con la Nación, la fiscalización y control del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo 100/2020 (...) en los supuestos comprendidos en el art. 15 de la ley 20.680 (art. 2º)”.

En su art. 3º establece que los municipios se ajustarán al procedimiento y a las acciones previstas en los arts. 10 y 12 de la Ley de Abastecimiento, mientras que el juzgamiento de las infracciones corresponderá a la Secretaría de Comercio Interior.

El art. 4º fija idéntica delegación en los gobiernos provinciales y de la CABA, en este caso en los supuestos de los arts. 3º y 8º de la Ley de Abastecimiento. “Encomiéndose a los Gobernadores y Gobernadoras a coordinar estas acciones con los intendentes e intendentas de cada jurisdicción, conforme las normativas Provinciales y Municipales”.

Con buen criterio, la Nación entiende que las severas medidas sanitarias que se han dictado requieren un debido control sobre el mercado para que este no se desborde, precisamente porque debe asegurarse el abastecimiento no solo de insumos críticos de salud sino contener los precios de la canasta básica alimentaria.

No entraremos a analizar los eternos debates que hubo y habrá sobre la Ley de Abastecimiento, solo recordar que ella es parte de un entramado regulatorio junto a la normativa de lealtad comercial, defensa de la competencia y derecho del consumidor, a lo cual podemos agregar el bloque de derechos humanos en su faz de derecho colectivo como son la salud, la alimentación y anexos.

“Dentro del marco de emergencia sanitaria que atraviesa nuestro país es dable que se dicten normas, decretos o resoluciones que tiendan a poner al día las prácticas comerciales a nuevos estándares de comercialización que garanticen el resguardo de los derechos de los consumido-

{ NOTAS }

(14) LOSA, Néstor, “Otra realidad universal, otro diseño federal”, *Revista Jurídica Digital Diario DPI*, 259, 30/03/2020.

(15) MARCHIARO, Enrique J., “Pandemia y federalis-

mo”, *Microjuris*, 27/03/2020.

(16) ANTON, Tomás J., “Las políticas públicas y el federalismo norteamericano”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994, 1ª ed.

(17) ÁBALOS, María G. *et al.*, “Derecho Público provincial y municipal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, vol. II, 2ª ed. act.

(18) MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SO-

CIAL DE LA NACIÓN, “Diagnóstico de situación sobre el consumo de alcohol y recomendaciones para la puesta en marcha de políticas sanitarias”, Buenos Aires, 2018.

res y usuarios frente a prácticas de aprovechamiento y abusos” (19).

El DNU 315/2020 es una innovación muy importante en la materia, pues de una vez por todas la Nación ha reconocido el papel fundamental que tienen los municipios en la materia comercial y de consumidores, lo cual por cierto va mucho más allá de la pandemia.

“La medida resulta proporcionada a los fines que pretende, dado que los gobiernos locales están en mejores condiciones operativas de controlar *in situ*, es decir, en el terreno, posibles infracciones y las modalidades que asuman las mismas” (20).

La Ley de Abastecimiento tiene entonces a partir del nuevo DNU un nuevo esquema de tipo concurrencial que alcanza los cuatro órdenes de gobierno argentinos. Si bien la Ley de Abastecimiento es una norma de carácter federal, no hay obstáculo alguno a que ella disponga que algunos de sus tramos competenciales se asignen a la autoridad subnacional.

La Nación mantiene su rol regulador y fiscalizador en cuanto las infracciones afecten el comercio interjurisdiccional. Las provincias pueden ejercer algunas facultades de regulación (si la Nación no fija precios máximos los fija la provincia o si los fijó nación, la provincia puede reducirlos en determinados supuestos) y naturalmente tienen facultad de sanción cuando las infracciones afecten el comercio provincial.

En cuanto a la terminología de la norma, se usa la expresión “municipios” pero también la de “intendentes e intendentas”. Estos últimos en nuestro país son los titulares de los ejecutivos municipales que son parte de un gobierno municipal cuya figura jurídica es “la municipalidad”.

Pero hay gobiernos municipales que no son municipalidades sin que dejen de ser autónomos. Tal el caso de las comisiones comunales santafesinas o cordobesas. En nuestro país

contamos con casi 2300 gobiernos locales de los cuales 1200 son municipalidades y el resto no lo son (es difícil su número exacto porque lo fija cada provincia y su existencia crece o decrece según los fenómenos demográficos).

Por ende, el DNU alcanza a todo tipo de municipio, no importa si es municipalidad, en la medida que sea autónomo. Desde ya, cada provincia aclarará esta cuestión al reglamentar el tema como lo habilita el mismo DNU y es una competencia institucional específicamente provincial.

Así lo hizo la Provincia de Santa Fe, aclarando que el control de precios lo realizarán no solo las municipalidades sino también las comunas, reservándose para sí la etapa sancionatoria. Otro tanto hizo la Provincia de Buenos Aires por dec. 177/2020 de manera similar.

Sin embargo, se han alzado voces contrarias a la clara letra y objetivo del DNU 315/2020 con relación a los municipios, mediante una interpretación restrictiva: “Podría sostenerse que los destinatarios de las facultades de regulación, fiscalización y sanción en el régimen de la Ley de Abastecimiento deberán ser exclusivamente entes u órganos de la jurisdicción ‘provincial’ o ‘nacional’, según corresponda, sin que puedan transferirse al nivel municipal (...). La Ley de Abastecimiento es una norma de carácter federal (ajena al derecho común) que al delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo Nacional y los ejecutivos provinciales debe ser interpretada de manera restrictiva conforme jurisprudencia de la Corte Suprema. Máxime cuando debido a la autonomía municipal, el control que los gobernadores provinciales ejercen sobre sus órganos y funcionarios dependientes es mucho mayor que aquel que pueden eventualmente ejercer con relación a las autoridades municipales” (21).

Más allá de que la cita de la Corte Suprema que indican los autores se ha omitido al pie —lo que impide su control argumental— es claro que no abogamos por una delegación de facultad reguladora por la simple razón que esta última es una

materia nacional bajo todo punto de vista, pero no así la etapa de fiscalización e incluso de sanción.

Sobre la primera no hay obstáculo en su delegación nacional directa a los municipios (sobre lo que nos detenemos al final); y sobre la segunda, depende de lo que cada provincia establece en el punto, pues esto hace a su diseño institucional de base. Así, hay provincias que delegaron todo el proceso consumeril a nivel local y otras lo dividen entre municipio y provincia, pero sobre lo que no hay duda es que la tendencia es hacia la descentralización incluso en la etapa sancionatoria por el simple motivo de que el municipio es un nivel de gobierno “territorial” por lo que tiene en su seno las facultades ejecutivas y legislativas, pero también judiciales (22).

El argumento del control provincial sobre los municipios tampoco es posible por su carácter autónomo, todo lo cual indica que muchos administrativistas siguen anclados en una noción centralista y jerárquica del Estado y de la sociedad.

El tema más novedoso es la directa delegación nacional de materias a los municipios, pues si bien el derecho municipal es de base provincial en su regulación y alcance (art. 123, CN), no implica que determinadas materias se asignen directamente por Nación sin pasar por el filtro provincial, al menos cuando esto sea necesario precisamente para la finalidad nacional.

Es más, hay supuestos en los que existe “modificación de la competencia municipal por ley nacional”, tal como acontece en la materia derechos humanos, pues, como estos, son un piso prestacional y obligatorio para todas las autoridades gubernamentales. Por ende, cuando Nación firma un tratado va de suyo que las estructuras subnacionales deben adecuarse a él en su organización.

La ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes entre otras cuestiones determina los alcances del “interés superior del niño” respecto de todo tipo

de política estatal, lo cual reduce la discrecionalidad a nivel municipal para diseñar un presupuesto público u obliga a los gobiernos locales a numerosas prestaciones sociales y asistenciales respecto del menor en situación de vulnerabilidad. Esta norma nacional resulta así un complemento de las leyes orgánicas provinciales o cartas orgánicas municipales, introduciéndose en el esquema competencial municipal de modo novedoso.

La ley nacional 25.724 creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación en cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía. La autoridad de aplicación es nacional, pero con una básica coordinación provincial y municipal en todo el país, siendo clara la responsabilidad municipal fijada por el art. 8º.

“Hemos visto que en nuestro sistema competencial municipal la Nación no puede dictar leyes de base como en España o reglar aspectos municipales, pues esta es una competencia provincial. En este caso igualmente no se ha invadido esta competencia porque lo que se hace es reglamentar un aspecto de un deber internacional —obligación alimentaria— a cargo de todos los niveles del Estado. Como un piso de los derechos humanos este es obligatorio y operativo en todas las jurisdicciones, de allí que la ley solo reglamenta un aspecto muy simple y operativo de la materia” (23).

Materias como el hábitat, el ordenamiento territorial o la salud pública bajo una concepción de derechos humanos inciden e incidirán también sobre las competencias municipales de modo directo. Es un camino que se ha iniciado y es irreversible, siendo el DNU 315/2020 un excelente ejemplo de este proceso.

Lo que estamos transitando es una mutación misma de la autonomía municipal, donde una visión estática, estatalista y naturalista ya no es posible. En nuestro tiempo se impone una visión dinámica, flexible, relacional y asentada en una clara concepción sistémica, por ende, abierta y en diálogo con el entorno.

La pandemia, seguramente entre otras enseñanzas, nos dejará en pie un mejor esquema federal pero también municipal.

Cita online: AR/DOC/1636/2020

{ NOTAS }

(19) PÉREZ, Álvaro, “Precios máximos en época de coronavirus y derechos del consumidor”, *Microjuris*, 13/04/2020.

(20) CARNOTA, Walter, “El federalismo sanitario argentino y la pandemia (la hora del gobierno municipal)”,

elDial.com, 20/04/2020.

(21) CASTRO VIDELA, S. - MAQUEDA FOURCADE, S., “La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada”, *Revista Digital Rubinzal-Culzoni*, RC D 1630/2020.

(22) LOSA, Néstor, “El derecho municipal en la constitución vigente”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1995, 1ª ed.

(23) MARCHIARO, Enrique, “Derechos humanos...”, ob. cit.

Poder de policía y emergencia sanitaria

COVID-19

Marcelo Bee Sellarès (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Conceptos generales de estado de emergencia.— III. Características de las leyes de emergencia.— IV. Límite de la actividad estatal restrictiva de derechos individuales.— V. Jurisprudencia de nuestra Corte en materia de policía de emergencia. Fallos relevantes.— VI. Breves conclusiones.

I. Introducción

El propósito de este trabajo será analizar en el contexto de la ley 27.541 de Emergencia Sanitaria, Social y Económica, y a la luz de los acontecimientos que estamos viviendo, si los decretos de necesidad y urgencia 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020 y 459/2020.—de aislamiento preventivo social y obligatorio con el fin de prevenir y mitigar la propagación del COVID-19—se ajustan a los estándares de razonabilidad del art. 28 de la CN, conforme los criterios y jurisprudencia de nuestra Corte.

II. Conceptos generales de estado de emergencia

Lo primero que debemos decir es que estamos en emergencia cuando se dan ciertas circuns-

tancias anómalas, excepcionales y de gravedad, donde es necesaria la aplicación de un poder de policía para el restablecimiento del orden público o su restauración.

Para ello deben darse ciertas circunstancias: 1. existencia de un conflicto entre un derecho y otro de mayor jerarquía. 2. existencia de una perturbación grave, no común, que se va acrecentando y acentuando en el tiempo. 3. imposibilidad de resolver dicho conflicto y solucionar tal perturbación recurriendo al ejercicio normal de los poderes y a las formas de actuación regularmente previstas. 4. sacrificio de bienes jurídicos de menor valor para salvar otros de mayor beneficio para la comunidad.

La emergencia, como lo ha declarado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan la propiedad en épocas normales (1). Esto surge de la primacía de la Constitución por encima de las circunstancias o causas que puedan dispensar su cumplimiento. Ni siquiera en situaciones excepcionales, como las que se derivan por ejemplo de un estado de guerra, el principio de la supremacía constitucional sufre atenuación o desmedro, porque la Constitución ha sido establecida para regir en todo momento y porque ella misma también contiene disposiciones excepcionales previstas para ser aplicadas a casos excepcionales de conmoción o alteración de las condiciones normales de vida.

Las medidas a adoptar en situaciones de excepcionalidad, como ya lo vimos, deben ser razonables; es decir, guardar un adecuado y ponde-

rado equilibrio entre los motivos y los fines que le han dado origen en relación con los medios puestos en juego para alcanzarlos.

III. Características de las leyes de emergencia

En cuanto a las características que deben presentar las leyes de emergencia para ser declaradas constitucionales pueden mencionarse, siguiendo la síntesis de la jurisprudencia de la Corte las pautas elaboradas por la procuradora Dra. Laura Monti (2), que: I. Debe configurarse en los hechos una verdadera situación de emergencia. II. La declaración de emergencia debe ser declarada por el Congreso de la Nación o por las legislaturas provinciales en su caso. III. Los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben ser proporcionados al fin perseguido —razonabilidad— IV. Las medidas adoptadas deben proteger a la sociedad en su conjunto o a amplios sectores de ella y no a

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogado. Especialista en Derecho Administrativo.

(1) CS, “Cine Callao”, 22/06/1990, Fallos 247:121.
(2) Procuradora fiscal ante la Corte Suprema.

determinados individuos. V. Las medidas deben ser de carácter temporal. VI. Las normas dictadas no deben alterar la sustancia de los derechos, los que solo pueden ser suspendidos o limitados de manera razonable en aras del bien general.

IV. Límite de la actividad estatal restrictiva de derechos individuales

Esta actividad del Estado dentro de un contexto de emergencia debe encuadrarse en una serie de principios y reglas de derecho. El ejercicio relativo de los derechos individuales —en el sentido de que no existen derechos absolutos—, cuyo goce y ejercicio se realizan conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, tal como lo menciona el art. 14 de la CN (3), dentro un contexto de emergencia deben ajustarse al principio de razonabilidad (4) —art. 28 de la CN—, donde también le está vedado penetrar en el ámbito reservado a las acciones privadas de los hombres del art. 19 de la CN (5).

Hay cuatro conductas que faltan a la razonabilidad en el ejercicio del poder de policía. Estas son: A. Cuando el fin perseguido sea irrazonable: es decir, que se aparta de lo preceptuado por las normas o los principios generales. B. Exceso de limitación o punición cuando las normas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el ordenamiento. C. Desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos incorporados en el art. 7º, inc. f) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. D. Violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos un factor de discriminación que le puedan atribuir a un sector una ventaja que no concedan a otros que se encuentran en igualdad de condiciones.

Algunos autores, como Juan Carlos Cassagne, sostienen que el verdadero límite al ejercicio del poder de policía que limita o restringe el ejercicio de los derechos de las personas está dado por la finalidad que orienta la actuación del Estado; y en este sentido no puede ser otro que la prosecución del bien común temporal o interés público.

Cuando la injerencia del Estado está justificada, el sacrificio del derecho privado por la prevalencia del bien común temporal se sustenta en las exigencias de la justicia general, como parte de un todo social respecto de la comunidad a la que pertenecen. Su fundamento está en la solidaridad social (6).

Si fueran varios los medios limitativos de los derechos que la ley admite, la administración está obligada a escoger aquel que menos limitaciones o restricciones de la libertad o la propiedad individual. Esto surge de los arts. 14, 17 y 19 de la CN y que conducen también a sostener que en caso de duda sobre el alcance de la restricción, han de resolverse a favor del principio de la libertad o propiedad en su caso.

V. Jurisprudencia de nuestra Corte en materia de policía de emergencia. Fallos relevantes

V.1. “Ercolano c. Lanteri” (7)

I. Antecedentes

La actora inició demanda por consignación de alquileres con fundamento en la ley 11.157, que prohibía cobrar durante dos años a partir de su promulgación un precio de locación mayor al que se pagaba por el alquiler de casas, piezas y departamentos al 1 de enero de 1920. El fin de la ley

era paliar los efectos de la crisis habitacional que llevó al encarecimiento del precio de la locación.

La demandada tachó de inconstitucional la ley por ser incompatible con los arts. 14, 17 y 28 de la CN. La Corte por mayoría confirmó la sentencia apelada.

II. Fundamentos

I. No existen derechos absolutos. La reglamentación o limitación en el ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de una comunidad.

II. La determinación del precio del alquiler es una facultad privativa del propietario. Sin embargo, ante circunstancias especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de interés público y por las condiciones en que ella es explotada, se justifica y hace necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de los intereses de la comunidad.

III. Al Poder Judicial no le incumbe expresarse sobre el acierto de los medios empleados por los otros poderes públicos, para conjurar una situación económica. Sí le incumbe pronunciarse sobre la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad teniendo en cuenta para ello la naturaleza, las causas, y la extensión de la medida adoptada.

IV. Se trata el presente de un contrato verbal y sin término que no altera derechos adquiridos, pues no se trata de un contrato de cumplimiento exigible en el futuro sino de una relación de derecho precaria e inestable que no crea más obligaciones ni más derechos que los derivados de cada período de alquiler que se fuere devengando por reconducciones sucesivas.

IV. La Corte toma el criterio de la razonabilidad de la medida, diciendo que no se acreditó que el alquiler devengado al 1 de enero de 1920 no fuese razonable al momento de la promulgación de la ley 11.157 —que prohibía cobrar un precio mayor de la locación al que pagaba a esa fecha—, y dado el corto tiempo transcurrido entre estas dos fechas, cabe presumir que satisface los estándares de razonabilidad de la medida y que por consiguiente no vulnera el dictado de la ley la garantía del art. 17 de la CN. La Corte toma un criterio *amplio de poder de policía*, que va más allá de la preservación de la salubridad, moralidad o seguridad pública. Nos habla allí de la restricción al derecho de propiedad.

Toda ley debe ser considerada de interés público, porque es teniendo en mira el bien común que se legisla. Pero si para obtener ese resultado, priva al propietario de sus bienes, debe indemnizarlo. Ahora bien, si la propiedad se ve afectada en su uso o goce, donde no hay expropiación, en tal caso lo relativo a la indemnización, hay que distinguir: si la restricción es exigida por la preservación de la salubridad, moralidad o seguridad pública, debido a que nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra el orden público; y es condición implícita que han de cesar cuando lleguen a encontrarse en oposición con este, entonces no procede la indemnización.

V.2. “Cine Callao c. res. dictada por la Dirección Nacional de Empleo” (8)

Antecedentes

La Dirección Nacional de Empleo, amparándose en la ley 14.226, establecía la obligación de

incluir espectáculos cinematográficos en todas las salas del país con el objetivo de promocionar la industria y ocupación de los trabajadores de espectáculos públicos y la defensa del patrimonio artístico nacional. En este sentido la Dirección de Empleo dictó una resolución en la que obligaba a la SA iniciar la presentación de esos números en la sala del cine Callao. Ante ello la SA interpuso recurso de apelación, y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la resolución; y luego un recurso extraordinario, donde la Suprema Corte por mayoría confirmó la sentencia apelada.

Fundamentos del fallo

I. La Corte Suprema ratifica la tesis amplia y plena del poder de policía que se encuentra comprendida, además de por la seguridad, salubridad y moralidad, por la defensa y promoción del bienestar general y los intereses de la comunidad. En este contexto la autoridad puede dictar normas que tengan como fin último atenuar o morigerar de modo permanente o transitorio los graves daños que provoca la desocupación.

II. La ley 14.226, que es de carácter público, no transgrede los principios que rigen el ejercicio legítimo del poder de policía ni la carga impuesta a los empresarios, ni suprime o altera el derecho de ejercer el comercio.

III. La Corte, como en el precedente “Ercolano”, lo que hace es analizar la razonabilidad de la medida entre los medios elegidos por el legislador para el cumplimiento del fin perseguido, siempre que no altere la sustancia de los derechos afectados. Ratifica la presunción de constitucionalidad de las leyes que hace suponer su razonabilidad, correspondiendo al impugnante probar su irrazonabilidad.

Los objetivos de la ley 14.226, en cuanto imponen una carga a los empresarios que se dedican a la actividad cinematográfica, es, dice la Corte, *razonable*, toda vez que no suprime ni altera el derecho de ejercer el comercio. El sistema de esa ley no contraría ninguna garantía o derecho constitucional en tanto representa medios válidos que buscan apaciguar o morigerar los altos niveles de desocupación imperantes en ese momento en nuestro país.

V.3. “Peralta, Luis y otro c. Estado Nacional y otros” (9)

I. Antecedentes

Los actores iniciaron una acción de amparo persiguiendo se declarara la inconstitucionalidad del decreto 36/1990 del Poder Ejecutivo, en cuanto dispuso limitar la devolución de los depósitos a plazo fijo a un tope de *un millón de australes*, abonándose el excedente con un bono. El decreto de necesidad y urgencia se dictó invocando una crítica situación generada por acontecimientos extraordinarios que dieron lugar a las leyes 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica.

La demanda fue rechazada en primera instancia. La Cámara hizo lugar al reclamo y declaró la inconstitucionalidad del decreto y ante los recursos extraordinarios la Corte primero admitió el amparo y luego se pronunció —por mayoría— por la constitucionalidad del dec. 36/1990.

II. Fundamentos

I. Frente a una situación de grave riesgo social se dicta el decreto de necesidad y urgencia 36/1990, el cual es constitucional, pues el Congreso, en ejercicio de sus funciones y poderes

constitucionales, no adoptó decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y mediaba una situación de grave riesgo social, frente a la cual era necesario tomar medidas súbitas como las instrumentadas.

II. Los aspectos vinculados a la administración de la hacienda y patrimonio público son materia propia del Poder Ejecutivo y del Legislativo; a la Corte solo le compete decidir sobre la legalidad, en cuanto concierne a su confrontación con la Constitución Nacional pero no en cuanto a su acierto, oportunidad o conveniencia.

III. Dentro de límites razonables se puede postergar el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues se trata de armonizar en una situación de emergencia los derechos y garantías individuales con las convivencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías se conviertan en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía.

IV. En un contexto de emergencia económica se ha reconocido la posibilidad de suspender temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se altere su sustancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole, exigiéndose solo que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales.

V. La legislación en materia económica debe ser *transitoria*. Esa transitoriedad no puede ser fijada de antemano en un número de años o meses. La emergencia dura *razonablemente* el tiempo necesario que dura la causa que le dio origen.

VI. Con el dictado del dec. 36/1990 no resulta menoscabada la propiedad, solo se limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad; no hay violación del art. 17 de la CN, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis.

VII. El dictado del decreto no afecta el principio de igualdad ante la ley. La garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios que resulten arbitrarios en favor de una clase por encima de otra.

V.4. “Smith, Carlos A. c. Estado Nacional y otros -sumarísimo” (10)

I. Antecedentes

Frente al dec. 1570/2001 de necesidad y urgencia, un ahorrista promovió acción de amparo para que se declarara la inconstitucionalidad de la medida dictada por el Poder Ejecutivo, que consistía en limitar la disponibilidad de los depósitos bancarios mediante la prohibición de extraer más de U\$S 250 o \$250 semanales por titular de cuenta en un banco, ante la desconfianza económica generada.

Todo esto se enmarcó en un contexto de emergencia pública y reforma del régimen cambiario mediante la sanción de la ley 25.561 dictada el 6 de enero del 2002, que no hizo otra cosa que ratificar el dec. 1570/2001, delegando en el Poder Ejecutivo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de nuestra Constitución, las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre del 2003.

Esa delegación le atribuía facultades al Poder Ejecutivo: entre otras cosas, la de establecer la relación de cambio entre el peso y el dólar. Bajo esta modalidad el Ministerio de Economía dictó una resolución (la 23/2002), que establecía un régimen de reprogramación de los depósitos existentes en el sistema bancario bajo el sistema de indisponibilidad de los fondos del dec. 1570/2001.

{ NOTAS }

(3) La jurisprudencia de la Corte ha sostenido este principio. En el caso “Ercolano c. Lanteri” de 1922. Fallos 136:161, sostuvo “... que no existe derecho, ni aun el de propiedad reconocido por nuestra Constitución, de carácter absoluto. Sostener lo contrario sería una conducta antisocial. La reglamentación o limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social”.

(4) La jurisprudencia ha sostenido expresa e implícitamente que la razonabilidad constituye el límite al ejercicio del llamado poder de policía. En este sentido lo consagran fallos como: “Cine Callao”, Fallos 247:121 de 1960; “Motor Once c. MCBA”, Fallos 310:943 de 1987; “Mar de Ostende c. Provincia de Buenos Aires” Fallos 320:222 de 1997 entre otros.

(5) Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La dignidad de la

persona”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, ps. 84 y ss.

(6) Véase DROMI, José R., “Manual de derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, t. II, p. 62.

(7) CS, Fallos 136:170. Del 28/04/1922.

(8) CS, Fallos 247: 121. Del 22/06/1960

(9) CS, Fallos 313:1513. Del 27/12/1990.

(10) CS, Fallos 325:28. Del 01/02/2002

La demanda llegó por un *per saltum* a la Corte, la que terminó declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

II. Fundamentos del fallo

I. La Corte sostiene que carece de razonabilidad que justifique la medida afectando la intangibilidad del patrimonio y el propósito de afianzar la justicia —arts. 17, 18 y Preámbulo de la CN— coartando derechos adquiridos que hacen a la libre disposición de los fondos, el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1570/2002 y sus modificatorias.

II. Las limitaciones impuestas por las normas, circulares y resoluciones no constituyen solamente una limitación del derecho de propiedad, sino una privación o aniquilamiento, pues provoca un menoscabo generalizado del conjunto social.

III. La restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de razonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad, sino que agregada al resto de las medidas constituye su aniquilamiento.

IV. Las razones de oportunidad, mérito y conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que le son propias no están sujetas al control judicial. Ello no obsta a que exista una revisión y control constitucional sujeto a la *razonabilidad* de las medidas adoptadas ya sea a través de leyes, decretos o actos administrativos; y que una vez constatada su iniquidad, corresponda declararlo inconstitucional.

V.5. “Bustos, Roque y otros c. Estado Nacional y otros - amparo” (11)

Antecedentes

Se promovió acción de amparo tendiente a obtener la restitución de imposiciones bancarias alcanzadas por las restricciones financieras de emergencia motivadas por la crisis del 2001.

{ NOTAS }

(11) CS, Fallos 327:4495. Del 26/10/2004

(12) CS, “Guardián Assurance Company c. Estado Nacional”, 12/12/1927, Fallos 150:89.

Las normas cuestionadas eran la ley 25.561 de Emergencia; el decreto 1570/2001 del PEN; y el dec. 71/2002, que reglamentó el régimen cambiario establecido, entre otras normas, resoluciones y circulares del Banco Central.

Fundamentos del fallo

1. La Ley de Emergencia responde con atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales, salubridad o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado. Los órganos judiciales no pueden revisar la decisión ni la oportunidad de las medidas que se escojan para remediar aquellas circunstancias, siempre que los medios resulten razonables y no respondan a móviles persecutorios o de discriminación.

2. En situaciones de emergencia, ante la necesidad de afrontar sus consecuencias, se justifica una interpretación más amplia de las facultades atribuidas al legislador que en tiempos normales, de modo tal que ante acontecimientos extraordinarios el ejercicio del poder de policía atribuido al Legislativo permita satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada; y que, de no hacerlo, comprometería la paz social.

3. Los requisitos que debe cumplir la norma de emergencia para resistir el control de constitucionalidad son: 1. Que se presente una situación de emergencia declarada por el Congreso y con el debido sustento en la realidad. 2. Que la ley persigue la satisfacción del interés público; y que no haya sido dictada en beneficio de un sector particular de la sociedad sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad. 3. Que los remedios para las emergencias sean utilizados con razonabilidad. 4. Que la ley se encuentre limitada en el tiempo y que su término tenga relación con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada.

4. Se rechaza, por mayoría, la acción de amparo tendiente a declarar la inconstitucionalidad de la normativa que pesificó, impidió y limitó la posibilidad de disponer de los depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, en tanto no se demostró que el reintegro a \$1,40 por dólar más el coeficiente de estabilización de referencia no alcance a cubrir el mismo *poder adquisitivo* del dinero depositado. La *pesificación* se presenta como *razonable*, en tanto el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que

tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor.

5. Ante la situación de emergencia, que derivó en la “pesificación”, la garantía constitucional de propiedad se encuentra a salvo, ya que los bancos que recibieron los depósitos cumplirán con su obligación de reintegro en las condiciones impuestas por el Estado a la paridad de \$1,40 por U\$S 1 más el coeficiente de referencia, hecho del Príncipe que no está en sus facultades evitar; y el Estado solo responderá del perjuicio ocasionado por las medidas en el caso de demostrarse la real existencia de un perjuicio.

VI. Breves conclusiones

Analizamos los requisitos de las normas de emergencia para resistir el control de constitucionalidad; y las limitaciones y restricciones a los derechos individuales de los ciudadanos en el ejercicio del poder de policía administrativo. Dijimos que la afectación a los derechos tiene como finalidad la preservación del interés público y del bienestar general, frente a una situación emergencia con el objetivo de la prevención y protección de la salud pública.

Resaltamos, a modo de síntesis, los principales precedentes jurisprudenciales de nuestra Corte en materia de policía de emergencia, desde el primero “Ercolano c. Lanteri” en adelante; y cómo fueron variando, de acuerdo con cada caso, las limitaciones y restricciones a los derechos individuales de los ciudadanos.

Dentro de este marco excepcional analizamos los decretos de necesidad y urgencia sobre el asilamiento preventivo social y obligatorio. Si estos cumplen con los recaudos constitucionales, a lo largo de los precedentes ya analizados que hacen a la *necesidad de una ley formal*, sobre la cual descansa el ejercicio del poder de policía administrativo, por medio de la sanción de la ley 27.541 de Emergencia Económica, Sanitaria y Social. A la *razonabilidad* de la medida, entendida como una justa apreciación y proporcionalidad de los medios empleados que deben surgir de la ley —medidas—, para lograr los fines propuestos —preservar la salud pública—. Estas medidas se reflejan en obligaciones impuestas a los particulares —confinamiento para evitar la circulación y reunión de personas y, de esta manera, la posibilidad de contagio—, con excepción de las actividades consideradas esenciales. La valoración de la razonabilidad se determina sobre la base de la proporción que exista entre

esos motivos y los fines de la ley frente a los medios que se reflejan en obligaciones impuestas a los particulares.

La apreciación de si existe razonabilidad, en definitiva, es una cuestión de hecho que siempre puede ser considerada opinable, pero su determinación final deberá ser deferida al Poder Judicial.

En este sentido al Poder Judicial no le compete entender sobre si el accionar de la administración en el ejercicio del poder de policía es beneficioso o perjudicial en sus aspectos económicos o financieros para el país, sino que debe limitarse a un criterio exclusivamente constitucional para el caso que se produjera un abusivo e irrazonable ejercicio del poder de policía (12).

Las medidas de aislamiento deben ser *transitorias*: este es otro requisito esencial. La emergencia dura *razonablemente* el tiempo necesario que dura la causa que le dio origen. No deben existir en los decretos, actos, resoluciones o reglamentos en violación al principio de *igualdad* del que se radiquen diferencias en el tratamiento de un sector de la sociedad por sobre otro, ya sea que esta diferenciación proceda de la propia norma o de actos que constituyan un factor de discriminación que puedan atribuir a un sector una ventaja que no se conceda a otros que se encuentren en igualdad de condiciones.

Por último, una república exige en situaciones excepcionales y de emergencia, como la que estamos pasando, el funcionamiento pleno de los tres poderes para la consolidación de las instituciones y del estado de derecho. El Poder Judicial debe garantizar el resguardo de las libertades, derechos y garantías constitucionales. No se puede gobernar solo por DNU en situaciones de emergencia. En este sentido, no se puede soslayar la necesidad de contralor que le corresponde al Congreso de la Nación sobre esos decretos, conforme la ley 26.122 Comisión Bicameral.

Para ello, se deberán adaptar los reglamentos internos de funcionamiento de cada Cámara, de forma tal que faciliten la utilización de las nuevas tecnologías mediante sesiones remotas que permitan y garanticen la identificación de los diputados o senadores de la Nación, la conformación del quórum, la participación, el debate parlamentario y la posterior votación.

Cita on line: AR/DOC/1243/2020

Conectividad, Servicio Universal y COVID-19

PROPUESTAS CONCRETAS PARA PROBLEMAS URGENTES

Juan M. Galli (*) y Juan M. Mocoora (**)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La ley 27.078 y el Fondo de Servicio Universal.— III. El Reglamento de Servicio Universal y los programas del Servicio Universal.— IV. El Programa de Conectividad y los aportes no reembolsables.— V. Algunos problemas.— VI. Cierre.

I. Introducción

Ya no somos ni seremos los mismos. Después del 20 de marzo, nuestras prácticas y convenciones más básicas se alteraron. Estas prácticas tienen un impacto directo en nuestro comportamiento. La obligación de aislamiento,

impuesta autoritativamente por el gobierno nacional (1), nos hizo tomar conciencia de un hecho que siempre estuvo presente: todos dependemos de la satisfacción de nuestras necesidades de conectividad. Gracias a ella, hemos cumplido con nuestras obligaciones laborales, acortamos la distancia, dominamos la ansiedad

y, en fin, pudimos estar más cerca de nuestros seres queridos. En algún sentido, internet nos permitió acortar las distancias físicas que nos separan.

Pero esta situación también debería hacernos tomar conciencia de las limitaciones

de infraestructura con las que contamos en nuestro país (2). A pesar de los esfuerzos que tanto los operadores del sector como el Estado Nacional realizaron durante los últimos años, la necesidad de inversión en infraestructura no cesa (3). El tráfico de datos creció significativamente en los últimos sesenta

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (Universidad Siglo 21). Máster en Derecho Administrativo (c) (Universidad Austral).

(**) Abogado (UNC). Máster en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova). Máster en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Máster en Derecho Administrativo (c) (Universidad Austral). Docente de Derecho Constitucional (UNC y Universidad Siglo 21).

(1) El Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la emergencia sanitaria ampliada por el dec. 260/2020 y su modificatorio, dispuso mediante dec. 297/2020 el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, prorrogado por los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020 y 459/2020.

(2) Véase la ilustrativa nota de HUICI, Héctor, “Telecomu-

nicaciones, coronavirus y más allá”, en <https://www.infobae.com/opinion/2020/03/26/telecomunicaciones-coronavirus-y-mas-alla/> (consultado por última vez el 12/05/2020).

(3) Este tipo de inversiones usualmente son consideradas de “capital intensivo”, pues suponen una inversión de capital inicial muy elevado. Es por esta razón que son analizadas a partir del concepto de “economía de escala”. Esto es, los costos medios son decrecientes, de forma tal que, a mayor utiliza-

ción de la infraestructura, menos costo unitario total, lo que redundaría en un beneficio para el usuario de los servicios que se brindan con apoyo en esa infraestructura. Por lo tanto, no son fácilmente duplicables. El punto aquí es que cualquier intento en ese sentido genera grandes costos de ineficiencia. Sobre las particularidades de la inversión en infraestructura pública, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, en AA.VV., *Organización*

días (4). Por ejemplo, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), en su calidad de organismo regulador del sector de las telecomunicaciones, acordó con los principales prestadores de *streaming* reducir la calidad de los servicios (5).

Ante esta situación, la pandemia originada por el COVID-19 tuvo una consecuencia directa en este sector. Esta no es otra que alertar sobre la necesidad de mayor inversión.

Ahora bien, la situación de los proveedores de internet no escapa al marco general de la economía de nuestro país. Aun cuando es posible que muchos clientes se hayan visto forzados a aumentar los servicios contratados, lo cierto es que también se dispuso la abstención del corte de la prestación de servicios (6). Esta situación demuestra cabalmente el estado de estas empresas: ellas carecen del *cash flow* necesario para afrontar grandes y costosas inversiones dinerarias.

En este trabajo describiremos una herramienta que está al alcance del ENACOM para incentivar esas inversiones. Ella podría ser empleada para la construcción de la infraestructura pública necesaria para sostener demandas más altas y estables de parte de los consumidores finales. Pero también este instrumento colaborará con la reducción de las desigualdades plasmadas por la llamada “brecha digital”, favorecerá el desarrollo económico regional en algunas provincias de nuestro país y, en fin, permitirá el acceso de una mayor parte de la población a servicios esenciales para la vida y para el desarrollo económico y social (7). Luego, haremos referencia a programas concretos que son implementados para cumplir con esa finalidad. Allí mismo, presentaremos algunos problemas que consideramos trascendentes.

Defenderemos, básicamente, el siguiente punto: la conjunción de los requisitos de admisibilidad de ese programa genera dificultades para su correcta implementación; en especial, para dar cumplimiento a los objetivos del Servicio Universal. Luego, de manera propositiva, ensayaremos propuestas que podrían paliar estos problemas.

II. La ley 27.078 y el Fondo de Servicio Universal

La ley 27.078 prevé el llamado régimen del Servicio Universal. El Servicio Universal es una modalidad superadora, para algunos autores, de la noción de servicio público (8). Con esa inspiración, la propia ley lo define como el conjunto de servicios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) que deben prestarse a todos los usuarios, asegurando su acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de su localización geográfica. Esta ley, a su vez, dispuso la creación del Fondo Fiduciario del Servicio Universal (FSU), que se compone con los aportes de inversión correspondientes a los programas del Servicio Universal. Para eso, la ley establece que los licenciatarios de servicios de TIC tendrán la obligación de realizar aportes de inversión al FSU equivalentes al uno por ciento (1%) de los ingresos totales devengados por la prestación de los servicios de TIC. Además, se prevén ciertas garantías para asegurar su constitución, por ejemplo, la prohibición de traslado a los usuarios de este concepto.

{ NOTAS }

administrativa, función pública y dominio público, Ed. Rap, Buenos Aires, 2005, p. 383. En lo que se refiere al caso particular de la infraestructura en materia de telecomunicaciones, *vid.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan M., “La regulación de las telecomunicaciones”, en ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Ed. Comares - Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, ps. 662-663.

(4) Según datos de la Cámara Argentina de Internet (CABASE), debido a los cambios generados por el distanciamiento social, en la Argentina el tráfico de internet creció entre un 20 y un 25%. Conf. <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/cuarentena-online-como-es-estado-actual-conexiones-nid2344334> (consultado por última vez el 12/05/2020).

(5) En este sentido, a pedido del ENACOM, la plataforma de *streaming* Netflix disminuyó la definición de sus contenidos como una forma de garantizar la conectividad en todo el país. Véase <https://www.clarin.com/tecnologia/cuarentena-argenti->

Dichos aportes son administrados a través del FSU. La ley dispone que el patrimonio del FSU es del Estado Nacional. En lo que hace a la aplicación de sus fondos, establece que ellos se deben aplicar por medio de programas específicos. Estos programas deben ser definidos por el ENACOM, en su calidad de autoridad de aplicación de la normativa vigente. Esa definición se refiere al contenido y los mecanismos de adjudicación correspondientes.

Finalmente, hace una distinción respecto de la posibilidad de encomendar la ejecución de estos planes. El criterio de distinción es, en términos generales, según se trate de una “empresa pública” o bien de un “ente privado” (9). En efecto, dispone: (i) directamente a las entidades incluidas en el sector público nacional, en los términos previstos por el art. 8º, inc. b), de la ley 24.156 (10), y (ii) cumpliendo con los mecanismos de selección que correspondan, respetando principios de publicidad y concurrencia, a otras entidades.

La legislación vigente mantiene que es un deber del Estado Nacional garantizar este servicio, al que entiende como un concepto dinámico cuya finalidad es posibilitar el acceso de todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su domicilio, ingreso o capacidades, a los servicios de TIC en condiciones de calidad y a un precio justo y razonable.

III. El Reglamento de Servicio Universal y los programas del Servicio Universal

En su calidad de autoridad de aplicación, el ENACOM aprobó el Reglamento General del Servicio Universal por res. ENACOM 2642/2016, de fecha 17/05/2016.

Los programas del Servicio Universal, según esa resolución, podrán comprender, entre otros:

a) Prestación a grupos de usuarios que por sus necesidades sociales especiales o por características físicas, económicas o de otra índole, tengan limitaciones de acceso a los servicios, independientemente de su localización geográfica.

b) Conectividad para instituciones públicas.

c) Conectividad en zonas rurales y zonas con condiciones geográficas desfavorables para el desarrollo de servicios TIC.

d) Apoyo financiero para cooperativas y pequeñas y medianas empresas (pymes) que presen servicios de TIC, para la expansión y modernización de sus redes actuales.

e) Conexión de licenciatarios, cooperativas y pequeñas y medianas empresas (pymes) a la Red Federal de Fibra Óptica (REFEFO).

f) Toda obra, proyecto o desarrollo tecnológico que contribuya al desarrollo del Servicio Universal, en los términos del art. 18, ley 27.078.

Tal y como dispone la ley 27.078, el Reglamento establece como mecanismos de adjudicación los siguientes:

na-netflix-definicion-contenido-colapsar-internet_0_melQP44i.html (consultado por última vez el 12/05/2020).

(6) Véase dec. 311/2020, prorrogado por dec. 426/2020 y reglamentado en el ámbito del ENACOM por res. 367/2020.

(7) Sobre esto, aun cuando no limitado a la infraestructura pública relativa a las telecomunicaciones, véase AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, *ob. cit.*, p. 383.

(8) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El nuevo servicio público”, en ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, *ob. cit.*, ps. 572-580 (pone el acento en aquellas modalidades a las que el mercado por sí solo no puede dar respuesta y, entonces, la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho).

(9) No se nos escapa la imprecisión del concepto de “empresa pública”. Este es un concepto que resulta sumamente ambiguo, vago y carente de precisión jurídica, pues en todo el orde-

a) Ejecución directa de los programas a las entidades incluidas en el art. 8º, inc. b), de la ley 24.156.

b) Licitación o concurso, público o privado, nacional o internacional, de etapa única o múltiple.

Además, en virtud de lo dispuesto por el dec. 798/2016 del 21/06/2016, establece un criterio general de prioridad para considerar elegibles en programas con FSU. Esto es, identifica bajo este supuesto a los proyectos a desarrollarse en aquellos municipios que hayan adoptado la normativa propuesta en el Código de Buenas Prácticas para el Despliegue de Redes de Comunicaciones Móviles.

IV. El Programa de Conectividad y los aportes no reembolsables

A través de la res. ENACOM 3597/2016, del 08/06/2016, se aprobó el Programa de Conectividad, con el objetivo de propiciar la implementación de proyectos que tengan por objeto la prestación de servicios mayoristas y/o minoristas en áreas con necesidades insatisfechas, mediante el desarrollo de redes de transporte y/o fortalecimiento de las redes de acceso existentes y/o la generación de condiciones económicas propicias para el desarrollo de nuevas redes de acceso.

En este marco, a su vez, se aprobó la res. 2899/2018. Esta convocatoria se orienta a licenciatarios de servicios TIC que cuenten con registro de valor agregado —acceso a internet—, que presten servicios en localidades menores a diez mil (10.000) (11) habitantes y proyecten mejorar y/o ampliar su infraestructura desplegada y la prestación del servicio en dichas localidades y extenderlas a zonas sin cobertura. Los proyectos seleccionados reciben hasta un 80% de sus inversiones financiables bajo la modalidad de aportes no reembolsables (ANR).

Los proponentes deberán cumplir, según este programa, tres requisitos:

1. ser licenciatario TIC;

2. localidad con población de hasta 10.000 habitantes;

3. que no exista otro licenciatario de servicios TIC que esté prestando servicio fijo de acceso a internet residencial y cuente con una cantidad de accesos equivalentes, al menos, al dos por ciento (2%) de la población de la localidad.

Dado el carácter de los aportes y el marco normativo existente, el concurso destinado al otorgamiento de ANR prevé como causal de exclusión aquellas localidades que cuenten con un prestador que posea más del 2% de la población de que se trata.

V. Algunos problemas

Aun cuando se trata de requisitos que se han ido ampliando a lo largo de los últimos años con una clara vocación aperturista, las limitaciones a la posibilidad de otorgar fondos en el marco de este programa no son pocas (12). El punto es que

estas modificaciones y ampliaciones solo hicieron fuerza respecto de uno de los vectores que funcionan como recaudos de admisión.

Por eso, desde nuestra perspectiva, existen dos limitaciones que dificultan la concreción práctica de los objetivos del programa y que, en una futura reforma, deberían ser modificados. Nos referimos a la limitación referida al ámbito geográfico del programa —p. ej., limitado a localidades, con independencia de su población— y a las condiciones de competencia que prevé —p. ej., inexistencia de otro prestador que declare servicios que abarquen más del 2% de la población de la localidad de que se trate—.

En este apartado nos referiremos brevemente a estos problemas. Propondremos, muy sucintamente, dos líneas de acción que podrían superar las dificultades actuales que identificaremos.

V.1. El requisito del 2%

V.1.a. Introducción

Como dijimos en el acápite anterior, para poder aplicar al programa es necesario que en la localidad de que se trata no exista otro licenciatario de servicios TIC que esté prestando el servicio fijo de acceso a internet residencial y cuente con una cantidad de accesos equivalentes, al menos, al dos por ciento (2%) de la población de la localidad.

La exigencia de falta de competencia aparece como plausible. Para justificar esta aserción, sin embargo, nos detendremos a analizar la finalidad de esta exigencia, esto es, identificar cuál es su justificación subyacente.

V.1.b. Finalidad

Esta exigencia tiene una clara finalidad: asegurar condiciones de competencia entre los prestadores. La justificación que pareciera tener la normativa, en este punto, es que los ANR no deberían distorsionar la competencia entre los prestadores. Esta justificación se deduce tanto del origen de los fondos —p. ej., FSU— como de su carácter —p. ej., no reembolsables—. Es decir, los fondos para la actualización de la tecnología del proponente y el despliegue de redes para brindar mejor calidad de conectividad pertenecen al Estado Nacional, por definición legal, y los destinatarios de esos aportes no tienen obligación de reintegrarlos, ni cuando hubieren invertido la totalidad de esos fondos ni cuando se hubieren asegurado el repago de las obras de infraestructura pública.

V.1.c. Problemas

Ahora bien, la exigencia es tan estricta que, en líneas generales, bloquea la posibilidad de empleo de fondos del FSU para posibilitar el acceso de todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su domicilio, ingreso o capacidades, a los servicios de TIC prestados en condiciones de calidad y a un precio justo y razonable.

Por esa razón, podría buscarse un porcentaje que esté en condiciones de asegurar la justifica-

namiento jurídico argentino no existe una definición normativa de este sintagma. Sin embargo, lo empleamos como convención a los fines de facilitar la comunicación de la idea que se quiere transmitir. El adjetivo “pública” que califica el sustantivo “empresa” resulta necesario para poder expresar la presentación del Estado en su organización, que está justificada por la satisfacción indirecta de un fin público. A tales efectos, véase MATA, Ismael, “La intervención económica del Estado a través de sus empresas (Evolución y criterios de responsabilidad)”, en GORDILLO, Agustín *et al.*, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2008; *id.*, “Empresas y sociedades estatales. Pautas de organización y responsabilidad”, en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Ed. Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 29 y ss.

(10) Recuérdese que esta norma dispone que integran el sector público nacional las “Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades

del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

(11) Modificación introducida por la res. ENACOM 4791/2018. Esta resolución ha tenido diversas modificaciones; recientemente, por res. ENACOM 371/2020, se elevó el requisito a 30 mil habitantes por localidad.

(12) Sobre este punto resulta necesario hacer un repaso de las modificaciones efectuadas por el ENACOM a la res. 2899/2018. Es así como, en un primer momento, esta normativa previó como requisito de admisibilidad para la presentación de proyectos localidades de hasta 5000 habitantes. Luego, con fecha 20/07/2018, el ENACOM dictó la res. C-4701/2018, por la que amplió dicho requisito a localidades de hasta 10.000 habitantes. Finalmente, por res. 363/2020, de fecha 20/04/2020, se elevó el número de habitantes hasta 30.000.

ción subyacente del FSU y sin afectar la competencia.

Si esto es así, entonces, el punto se limita a una cuestión cuantitativa. Esto es, a qué porcentaje de usuarios, según la población de la localidad de que se trate, debería referirse la reglamentación en lo que hace al otro prestador licenciatario de TIC existente en esa misma localidad.

Esto es así porque, según lo que dispone la propia convocatoria para el programa a ser solventado con ANR, el criterio de otro prestador incumbente no es óbice suficiente para no considerar la localidad de que se trate como aplicable al programa.

De esta situación, entonces, se deriva una conclusión: no es óbice excluyente, por los propios fundamentos del programa, la existencia de otro prestador. Luego, para que sea posible la aplicabilidad al programa, por el origen y el carácter de los fondos, se establece una determinada porción del mercado que debería tener ese prestador para excluir la localidad.

Entonces, si esto es así, resta por analizar si es razonable un porcentaje tan bajo de usuarios afectados a este prestador para dar cumplimiento a los fines del FSU.

V.1.d. Razonabilidad y propuesta

Una vez que se ha reconocido la posibilidad de que la autoridad considere la existencia de otro prestador, bajo determinadas condiciones que aseguren la competencia, la autoridad de aplicación posee un margen de actuación. Ese margen de actuación determina que podrá, dentro de un conjunto de alternativas válidas, seleccionar la que considere más adecuada para la satisfacción del interés público en el caso de que se trata.

Este margen de actuación no es ilimitado, por supuesto. La autoridad de aplicación no podría recurrir a un porcentaje tan alto que distorsione las condiciones de mercado y, con ello, obstruya la competencia en una localidad determinada. Esto podría ocurrir, sin dudas, si el porcentaje es tan alto que lo que hace es favorecer a un licenciatario en desmedro del prestador existente en esa localidad.

Ahora bien, de esto no se deduce que el 2% sea una exigencia impuesta por la ley ni que se derive de una norma concreta del sistema jurídico aplicable al FSU. Por el contrario, este baremo —p. ej., 2%— fue dispuesto teniendo en cuenta las finalidades del FSU y la posibilidad de proteger la competencia en la localidad.

Sin embargo, este recaudo ha permanecido inmodificable pese a las diversas modificaciones y ampliaciones que ha sufrido el Programa de Conectividad. Entendemos que, más allá de esto, su permanencia merece una reconsideración.

La aplicación durante un tiempo prolongado del programa de ANR por parte de la autoridad de aplicación permite su reconsideración. Esta experiencia ha demostrado que un porcentaje tan bajo puede tener consecuencias directas y no deseadas. Esas consecuencias no son sino el bloqueo de un conjunto de localidades que poseen, a la fecha, sus necesidades de conectividad insatisfechas. Por todo esto, se deduce que sería factible su ampliación.

Esa ampliación del porcentaje debería tener en cuenta, como ya se dijo, las finalidades del FSU y la protección de la competencia.

La reglamentación, en este sentido, debe promover a fomentar de manera eficiente la implementación de proyectos en áreas altamente sensibles. Esto es, en zonas geográficas en las que las necesidades de conectividad de la población manifiestamente lucen insatisfechas.

Atender exclusivamente a las condiciones de competencia del sector, empero, tiene un impacto directo sobre aquellas áreas. Las dificultades para la ampliación de cobertura y satisfacción de necesidades de conectividad, de esta manera, surgen a las claras. Si no se repara en lo que se dijo en el apartado anterior, quienes se encuentran en zonas vulnerables consolidarán su situación de exclusión. Esto es así porque suele ser el caso que allí la competencia no resulta de interés. Lo mismo ocurre en aquellas zonas donde existe ya un prestador, pero la cantidad de usuarios con los que está vinculado continúa siendo tan bajo que obstruye la efectividad del FSU.

Por tanto, sería recomendable la modificación de la incidencia de otros prestadores locales sobre la totalidad de habitantes de la localidad de que se trate, siempre que, claro está, no se afecten con ello las condiciones de competencia.

Más aún cuando, por la necesidad de implementación de proyectos destinados a derruir la brecha digital y garantizar la prestación del servicio de banda ancha en condiciones óptimas de servicio, no puede una de aquellas cuestiones quedar librada al arbitrio del mercado, sino que, antes bien, es tarea esencial del Estado Nacional.

Por tanto, aun cuando no existe un porcentaje mínimo que pudiera determinarse de antemano como protector de la competencia, resulta claro que podrían considerarse los siguientes supuestos. Pensamos que el 2% resulta un caso claro, por exigente, de aquello que socava las finalidades del plan. Ahora bien, en el mismo sentido, pensamos que un porcentaje demasiado alto, si bien podría facilitar el logro de los objetivos del FSU, afectaría claramente la competencia. Entonces, la función de la autoridad regulatoria, en este caso, resulta esencial.

En este sentido, el ENACOM goza de un amplio margen de apreciación. Dentro de ese marco, deberá: (i) evaluar las finalidades a las que está dirigido el FSU; (ii) considerar el impacto que los fondos del FSU pueden tener para asegurar la competencia en la población de que se trate; y, finalmente, (iii) efectuar un análisis de costo y beneficio de la medida concreta que proyecta. En este sentido, además, debería tener en cuenta que las condiciones de mercado y competencia también se aseguran de manera prospectiva.

Todas estas consideraciones son importantes para advertir dos cosas. Por un lado, no existen fórmulas mágicas que puedan armonizar los intereses que describimos como en virtual conflicto. Quizás porque un porcentaje tal no exista. No podemos establecer, por tanto, un porcentaje correcto de antemano. Lo que quisimos mostrar es una metodología esquemática que podría hacer las veces de parámetro de racionalidad para la adopción de una decisión⁽¹³⁾. Lo que suscribi-

mos, enfáticamente, es que el 2% no resulta un parámetro adecuado. Entendemos también que un porcentaje mayor al 10% debería ser rechazado, también, por afectar la competencia. De ahí que, en este marco, el ENACOM cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para, motivación adecuada mediante, adoptar una decisión racional y controlable por todos los posibles afectados.

V.2. El requisito de las “localidades”

Como vimos en los acápites anteriores, el Programa de Conectividad determina un ámbito geográfico donde aquel resulta de aplicación. Este ámbito es una conjunción de una definición institucional y un recaudo cuantitativo. Respecto de lo primero, las bases de las localidades son aquellas que han sido enlistadas en el censo de 2010 y que, luego de las diversas reformas a la reglamentación vigente, hubieren censado menos de treinta mil habitantes.

A nuestro modo de ver, este criterio peca por defecto. Pensamos que, en términos técnicos, se trata de una regulación infraincluyente. Esto es, se trata de un supuesto en que se “incorporan predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla”⁽¹⁴⁾. Es decir, se trata de casos que, según la justificación subyacente de la regla, debían ser incluidos y que, sin embargo, no están dentro del ámbito de aplicación de la regla de que se trata.

Esto lo podemos explicar con cierta facilidad. Existen zonas de nuestro país que, aun cuando no puedan ser entendidas como “localidades”, según la definición estándar de este concepto, debieran ser incluidas dentro del ámbito del Programa de Conectividad, pues ellas, en fin, encuadran dentro de los objetivos del Servicio Universal. Por lo tanto, debieran estar incluidas en el Programa de Conectividad.

Esta situación se torna patente y ostensible en todos aquellos casos en los que se advierte la existencia de barrios populares, aun cuando ellos se hallen insertos dentro de localidades más amplias. Es decir, se trata de localidades en las que sus integrantes necesitan de manera ostensible estar en condiciones de satisfacer sus necesidades de conectividad.

Esta manera de encarar el Programa de Conectividad para nuestro país resulta más adecuada a los fundamentos y la justificación que subyace a la creación del FSU.

En este sentido, podrían incluirse, además de las localidades según los términos empleados por la reglamentación vigente, los barrios populares identificados en el Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP), creado por dec. 358/2017, con las características definidas en el cap. XI del dec. 2670/2015, del 01/12/2015, y cuya integración sociourbana ha sido declarada de interés público por el art. 1º de la ley 27.453.

VI. Cierre

En este breve trabajo, llamamos la atención sobre una oportunidad concreta que la pandemia del COVID-19 puso sobre el tapete. Esta no es otra que advertir la deficiencia de la infraes-

tructura pública para satisfacer las necesidades de conectividad de la población. A tales efectos, hicimos referencia a los instrumentos que tiene a su alcance el ENACOM en su calidad de autoridad de aplicación de la ley 27.078. Entre estos programas se destaca el “Programa de Conectividad” respecto de la posibilidad de otorgar a ciertos proponentes aportes no reembolsables. Estos aportes podrían ser empleados para el desarrollo y la mejora de la infraestructura existente.

Respecto de este punto, señalamos dos condiciones que, al menos a nuestro criterio, resultan extremadamente restrictivas. Pensamos que ambas condiciones socavan las finalidades del Fondo de Servicio Universal. Por la necesidad de implementación de proyectos destinados a derruir la brecha digital, garantizar la prestación del servicio de banda ancha en condiciones óptimas de servicio y el despliegue de la infraestructura pública adecuada para ello, no puede una de aquellas cuestiones quedar librada al arbitrio exclusivo del mercado. Antes bien, es tarea esencial del Estado Nacional asegurar a quienes por su localización se encuentran en zonas marginales con deficiente servicio que ello no ocurra.

Para superar esas limitaciones propusimos dos reformas: (i) incluir a los barrios populares, según la definición que efectúa la normativa vigente; y, por último, (ii) elevar el porcentaje referido al número mínimo de usuarios en los supuestos en los que exista más de un prestador por localidad.

Hacemos estas propuestas con la convicción de que la reglamentación vigente no ha logrado fomentar de manera eficiente la implementación de proyectos en aquellas áreas de nuestro país en las que resultan patentes las necesidades de conectividad de la población. Para el logro de esos objetivos, quizás, las propuestas que aquí efectuamos podrían contribuir a superar las limitaciones que la práctica identifica sobre los aportes no reembolsables.

Cita on line: AR/DOC/1706/2020

➤ MÁS INFORMACIÓN

Gelli, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible”, LA LEY 18/05/2020, 1, AR/DOC/1437/2020

Díaz Lacoste, Alejandro, “COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia. Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional”, LA LEY 05/05/2020, 2, AR/DOC/1385/2020

Werner, Alexis M., “Cuando la emergencia sanitaria es verdaderamente un estado de ‘necesidad y urgencia’: ¿respetan las pautas constitucionales los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 274/2020 y 297/2020?”, Sup. Const. 2020 (abril), 1, AR/DOC/899/2020

➤ LIBRO RECOMENDADO

Constitución de la Nación Argentina Comentada

Autor: Gargarella, Roberto - Guidi, Sebastián

Edición: 2019

Editorial: La Ley

{ NOTAS }

⁽¹³⁾ Como sostiene Massimino, p. ej., la falta de cumplimiento de estos “rasgos metodológicos” pone en evidencia la “carencia sistemática de estudio de las consecuencias económicas últimas de las medidas administrativas. Esa carencia de análisis de los efectos finales de las medidas regulatorias

se caracteriza por la falta de estudio de a) alternativas menos restrictivas para lograr los efectos buscados, b) efectividad potencial de las medidas propuestas, y c) consecuencias colaterales a ser producidas por la puesta en marcha de cada regulación”. Conf. MASSIMINO, Leonardo F., “Un aporte des-

de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas)”, *Derecho Administrativo Austral*, 1, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 196.

⁽¹⁴⁾ Véase SCHAUER, Frederick, “Las reglas en juego”, trad. de Jorge Rodríguez y Claudina Oronosu, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 90-91.