

# Límites constitucionales y convencionales a las normas dictadas en la emergencia por COVID-19 en la República Argentina

## *Constitutional and Conventional Limits to the Norms Dictated in Emergency Situations by COVID-19 in the Argentine Republic*

**Mauricio GOLDFARB**

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina)

[estudiogoldfarb@hotmail.com](mailto:estudiogoldfarb@hotmail.com)

Pellegrini 1895 — Corrientes — Argentina (CP 3400)

Recibido: 9/09/2020

Aceptado: 11/02/2021

### Resumen

La difusión de la pandemia de COVID-19 ha generado la necesidad de revisar los límites válidos para la restricción de los derechos fundamentales. En este artículo se repasan las principales fuentes normativas

### Abstract

The spread of the COVID-19 pandemic has generated the need to review the valid limits for the restriction of fundamental rights. This paper reviews the main normative and jurisprudential sources on the state powers

y jurisprudenciales sobre las potestades estatales de regulación de los derechos, tanto para tiempos de normalidad como de emergencia.

**Palabras clave:** reglamentos delegados; reglamentos de necesidad y urgencia; derechos humanos; pandemia.

to regulate rights, both for times of normality and for emergencies.

**Keywords:** delegated regulations; executive orders; human rights; pandemic.

## 1. INTRODUCCIÓN

La imprevista difusión de la pandemia del COVID-19 generó un cambio en las realidades y las expectativas a nivel personal, familiar, profesional y social a escala global, a una velocidad inédita. La novedad y gravedad de este desafío nos obliga a examinar algunos de los muchos problemas que de ello se derivan, en nuestro caso, desde el Derecho y, en particular, desde la óptica del Derecho Administrativo.

Sin lugar a dudas, la situación que estamos viviendo es de naturaleza excepcional. Se trata de una crisis de origen sanitario —al menos en su inicio—, a diferencia de las cíclicas turbulencias económico-financieras (Crack de 1929, Crisis de la Deuda de 1982, *Subprime* de 2008, etc.) o las derivadas de conflictos bélicos o políticos (Primera y Segunda Guerra Mundial, Guerra Fría, desintegración de la Unión Soviética, etc.). Además, se trata de una emergencia de alcance verdaderamente global, no nacional ni regional, que requiere una necesaria coordinación con los otros gobiernos nacionales e incluso con organismos supranacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>1</sup>, la Organización de las Naciones Unidas o la Unión Europea. Y si todo ello no fuera suficiente para marcar la excepcionalidad del tiempo presente, se suma el aspecto (in)temporal de la emergencia, con la incertidumbre acerca de cuándo o cómo se arribará al final de este trance.

La propia dificultad de atravesar este presente nos exige al mismo tiempo pensar cómo superarlo, y a delinear —ya en el campo específico de esta investigación— algunos criterios para evaluar la legitimidad de las normas dictadas en este contexto extraordinario. El objeto de este trabajo —que de ningún modo cuestiona la preservación de la vida y la salud como objetivos primarios de toda actividad estatal— es exponer algunas ideas respecto del control de la validez de las normas dictadas con motivo de la emergencia sanitaria, especialmente de aquellas que afectan derechos fundamentales.

1. La OMS declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote de coronavirus iniciado en China en noviembre de 2019 había alcanzado el carácter de «pandemia», al afectar a 114 países y 118.000 personas hasta esa fecha. Al 2 de septiembre, la cantidad de países afectados llegaba ya a 192, con más de 117 millones de personas afectadas y más de 2.607.000 fallecidos, según la información publicada por la *Johns Hopkins University & Medicine* disponible en <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, recuperado el 09/03/2021.

Para tal fin, resulta necesario plantear algunas guías para examinar la compatibilidad de tantas innovaciones normativas con el resto del ordenamiento jurídico, tanto para aquellas dictadas en el marco de la emergencia como —muy especialmente— aquellas que sean necesarias para afrontar el seguramente muy complicado escenario económico y social posterior a la pandemia.

En los capítulos siguientes analizaremos la actividad cumplida por los distintos poderes del Estado argentino frente a la crisis desatada por el COVID-19. Para ello, pasaremos revista a los principales institutos jurídicos a los que se recurrió a los fines regulatorios, así como sus límites constitucionales y convencionales. Para finalizar el trabajo, incluimos algunas reflexiones sobre la valoración jurídica de la conducta estatal en el marco de la emergencia.

## 2. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS EN TIEMPOS DE NORMALIDAD Y EN TIEMPOS DE EMERGENCIA

De acuerdo al diseño constitucional argentino, todos los habitantes gozan de sus derechos fundamentales —conforme las leyes que reglamentan su ejercicio— (artículo 14 in fine de la Constitución Nacional, CN). Este principio determina que ningún derecho es absoluto y que puede ser regulado o acotado por las leyes, por razones de interés público.

La primera pregunta que surge al respecto se refiere al órgano competente para el dictado de las normas de limitación. La respuesta aparece en la propia Constitución Nacional: es el Congreso de la Nación el que está facultado para reglamentar los derechos individuales (artículo 75 inciso 28 CN), cuidando siempre de no alterarlos o desnaturalizarlos (artículo 28 CN).

Surgen así dos principios rectores en materia de regulación de derechos: los principios de legalidad y de razonabilidad. Otros dos principios constitucionales que se erigen como guías para la regulación son el de igualdad (artículo 16 de la CN) y el de reserva de ley del artículo 19. Por aplicación de estos principios, no pueden dictarse reglas que violen la igualdad ante la ley de los habitantes (estableciendo distinciones irrazonables o discriminatorias) o que avancen sobre su esfera íntima, personal y privada. BALBÍN destaca que el problema de la regulación de los derechos y sus límites debe abordarse siempre desde la perspectiva desde los derechos y no desde el poder estatal, de modo que en el Estado Democrático de Derecho solo pueden admitirse las restricciones que se funden en permitir el ejercicio de los derechos de otros y nunca en el mero ejercicio del poder (BALBÍN, 2011, p. 371).

El Poder Ejecutivo Nacional, como regla, solo puede reglamentar los derechos en un segundo grado, esto es, precisando los detalles necesarios para el cumplimiento de la ley formal sancionada por el Congreso de la Nación. Ya veremos que existen dos excepciones muy importantes a este principio: los reglamentos delegados y los

de necesidad y urgencia (PERRINO, 1998), que han abierto paso a un fenómeno que GARCÍA PULLÉS denomina «legalidad paralela» (GARCÍA PULLÉS, 2015: 293). Otra consideración importante en el caso de un Estado con organización federal, como lo es Argentina, es que los órganos legislativos de cada estado provincial pueden, en el marco de sus atribuciones propias o concurrentes, establecer limitaciones al ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Estas restricciones o límites serán válidos exclusivamente dentro de sus respectivos territorios provinciales.

Una segunda pregunta se vincula al órgano competente para verificar si el Congreso de la Nación ha actuado dentro de sus límites, esto es, si se han excedido o no los límites de la regulación del derecho, alterándolo. La respuesta nuevamente está en la Constitución Nacional. Corresponde al Poder Judicial de la Nación, de acuerdo al artículo 116 de la Constitución, verificar, ante el planteo de un caso concreto, la compatibilidad de la norma legal con la constitucional y, en caso de conflicto, invalidar a la primera<sup>2</sup>.

¿Pero qué ocurre en tiempos de emergencia? ¿Sigue siendo el Congreso el (único) órgano competente para la regulación? ¿Pueden dejarse de lado —o flexibilizarse— los principios de legalidad y razonabilidad? ¿El control judicial de las medidas asume características diferentes que en tiempos de normalidad?

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido una mayor extensión en los poderes de regulación, tanto desde su aspecto objetivo (ampliando el grado de restricción admitido) como subjetivo (autorizando al Poder Ejecutivo para dictar normas restrictivas de rango legal o cuasi legal). Esta ha sido la histórica postura del alto tribunal, largamente elaborada desde el caso *Ercolano de Lanteri*<sup>3</sup> (1922), hasta *Peralta*<sup>4</sup> (1990), donde se ha construido una jurisprudencia avalando la mayor amplitud de restricción de los derechos —especialmente el de propiedad privada— y admitiendo la validez de la asunción de potestades legislativas —no reconocidas expresamente en la Constitución Nacional, en ese momento— por parte del Ejecutivo Nacional.

2. La República Argentina posee —al igual que los Estados Unidos de América— un sistema de control difuso de constitucionalidad, donde cualquier juez, de cualquier instancia, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. El sistema es diferente del que rige en los países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional, donde la declaración de inconstitucionalidad es resorte exclusivo de este órgano.

3. CSJN, en autos *Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta*, sentencia del 28/04/1922. Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=69351>.

4. CSJN, en autos *Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)*, sentencia del 27/12/1990. Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2545>.

### 3. LA CONDUCTA ASUMIDA POR LOS PODERES DEL ESTADO ARGENTINO ANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

En la República Argentina, los poderes del Estado Federal han asumido conductas muy distintas ante la crisis. Examinemos cada una de ellas, para tener una visión de conjunto. En primer lugar, es claro que el Poder Ejecutivo Nacional ha asumido —desde el inicio mismo de la situación— un rol de conducción centralizado de la crisis. El 19 de marzo, pocos días después de que la OMS declarara que el COVID-19 se había transformado en una pandemia, el presidente de la Nación, a través del Decreto de necesidad y urgencia 297/2020<sup>5</sup>, dispuso el —Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio— (ASPO) en todo el territorio nacional. Por esta medida de excepción, se ordenó que las personas debían permanecer en la residencia en que se encontraban el día 20 de marzo de 2020; abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, y no desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19. Solo se exceptuaron algunas personas afectadas a actividades declaradas como esenciales (fuerzas de seguridad, atención médica de urgencia, producción y distribución de alimentos, entre otros).

Pero la labor del Ejecutivo prosiguió a un ritmo muy intenso. Desde el inicio de la crisis y de acuerdo al Digesto Emergencia Sanitaria<sup>6</sup>, el Poder Ejecutivo Nacional lleva ya dictados 66 decretos de necesidad y urgencia. Estos decretos regulan temas tan diversos que van desde el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio ya referido y sus sucesivas prórrogas (hasta el mes de septiembre ya como —Distanciamiento Social—), a la prohibición de despidos y suspensiones sin justa causa, la modificación del presupuesto nacional, la prohibición de ingreso de nacionales y extranjeros al país, la modificación del listado de enfermedades profesionales, la creación del Programa de Asistencia al Trabajo para empresas en crisis, la instauración del Ingreso Familiar de Emergencia para trabajadores informales, el diferimiento de los vencimientos de la deuda pública, la suspensión de los desalojos, la prórroga de los contratos de alquiler, el congelamiento de las cuotas de hipotecas, la suspensión del cierre de cuentas bancarias, la prohibición de corte de servicios domiciliarios en caso de mora o falta de pago, la modificación del régimen de tarifas de servicios públicos y la declaración como servicios públicos de la televisión por cable y el acceso a internet. Basta decir que el Digesto nacional cuenta ya con 323 páginas y sigue en constante crecimiento.

A tan imponente y aún inacabado cuerpo normativo se deben agregar los otros decretos del presidente de la Nación, que no asumieron la forma de DNU, las numerosas decisiones administrativas del jefe de Gabinete —en quien el Poder Ejecutivo delegó

5. Texto completo disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>.

6. Consulta realizada el 9/03/2021. Disponible en [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/generales/digesto\\_emergencia\\_sanitaria\\_coronavirus.pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf).

importantes competencias— y las también múltiples normas de emergencia dictadas por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>7</sup>. La multiplicidad y complejidad de la normativa dictada en un lapso tan corto nos recuerda a las tristes épocas del —corralito bancario— (2001/2002). Y, como en ese caso, parece probable que los conflictos judiciales derivados de su aplicación recién tengan una solución judicial mucho tiempo después (Cassagne, 2020)<sup>8</sup>.

Como contracara, el Congreso de la Nación prácticamente suspendió toda su actividad legislativa a partir del 20 de marzo, con excepción de algunas pocas reuniones de comisión que se hicieron virtualmente. Esta parálisis comenzó a modificarse cuando, a fines de abril, la Corte Suprema falló en la causa *Fernández de Kirchner*, promovida por la presidente del Senado<sup>9</sup>. A pesar de rechazar la acción, el tribunal declaró —*obiter dictum*— que el Senado contaba con las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento sobre el modo de sesionar (virtual o no). Recién a partir de esta sentencia, se reinició —parcialmente— la actividad de ambas cámaras, la que se limitó casi en exclusiva a ratificar las medidas adoptadas por el Ejecutivo Nacional. Transcurrido un año desde el inicio de la pandemia, el Congreso solo dictó unas pocas leyes referidas a la materia: la 27548, que aprueba el Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de COVID-19; la 27549, sobre Beneficios Especiales a personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la pandemia; la 27573, para la compra de vacunas contra el COVID-19; la 27574, de Campaña nacional para la donación de plasma sanguíneo de pacientes recuperados de COVID-19, y la 27605, que estableció el Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia (un impuesto para las personas con mayor patrimonio del país).

También ha sido exigua la tarea del Poder Judicial de la Nación. A la primera Acordada Extraordinaria n.º 4 que dispuso la suspensión de plazos desde el 16 de marzo; le siguieron la Feria Judicial Extraordinaria decretada por Acordada n.º 6 del 20 de marzo y sus sucesivas prórrogas, que la extendieron —para casi todo el territorio nacional— hasta el 27 de julio. En virtud de ello, y salvo las situaciones de excepción y los levantamientos de la feria judicial para algunas zonas del país con escasa circulación viral, lo cierto es que gran parte del Poder Judicial de la Nación mantuvo una inédita

7. Entre las decisiones provinciales de restricción de circulación cabe destacar a la normativa de la provincia de Formosa, que fue declarada irrazonable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7624431&cache=1606796052500>.

8. CASSAGNE, E. 2020: «El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19». *La Ley*, 2 de junio de 2020.

9. CSJN, sentencia del 24/04/2020. Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7585321&cache=1598836628641>.

parálisis durante más de 4 meses<sup>10</sup>. Recién en el mes de agosto comenzó a normalizarse la actividad judicial, con un lógico aumento de la consuetudinaria morosidad y con modalidades parcialmente presenciales y a distancia.

## 4. LA EMERGENCIA PREVIA A LA EMERGENCIA DEL COVID-19

A diferencia de lo que ocurrió con otros países, la crisis generada por el COVID-19 encontró a la República Argentina ya en un estado de emergencia declarada. En diciembre de 2019 se había dictado la Ley 27541, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social en todo el territorio nacional. El artículo 1 de la ley, además de declarar la emergencia en tan variadas materias, facultó al Poder Ejecutivo nacional hasta el 31 de diciembre de 2020, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, para dictar reglamentos delegados, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2.

Las bases de esta delegación legislativa autorizada por ley, en lo que respecta a nuestro tema de análisis, se establecen en el artículo 2 y son:

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 transmisibles; 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.

En el capítulo siguiente, al considerar los reglamentos delegados, señalaremos cómo deben interpretarse estas bases a los fines del control de validez y legitimidad de las normas dictadas por el Ejecutivo Nacional.

## 5. LOS REGLAMENTOS DELEGADOS

Los reglamentos delegados son una especie dentro del género de los reglamentos administrativos. Se trata de normas de carácter general y abstracto (como todo

10. El listado completo de las Acordadas y Resoluciones adoptadas por la Corte Federal y las Cortes provinciales puede consultarse en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2683>. Como puede apreciarse en dicho listado, la reacción de los tribunales provinciales ha sido muy variada, desde algunos que han seguido el criterio del Poder Judicial de la Nación, hasta los que han reanudado o adaptado sus actividades en un plazo relativamente breve.

reglamento) dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, pero en áreas que son propias del Poder Legislativo y que requieren una habilitación legislativa expresa y previa. Esta habilitación legal para regular materias de administración o emergencia funciona como una cesión temporal de competencias y debe fijar claramente las bases y el plazo de la autorización.

Si bien se registran antecedentes de reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo invocando la delegación de facultades del Congreso, estos merecieron el reproche constitucional de la Corte Suprema, que solo admitió la delegación impropia o de integración (conf. la doctrina de los casos *Delfino*, *Mouviel* y *Cocchia*). La delegación legislativa propiamente dicha recién fue incorporada expresamente a la Constitución Nacional con la reforma de 1994. Allí se estableció en el artículo 76:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Con posterioridad a la reforma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado varios fallos muy importantes para determinar los límites de la delegación legislativa, entre los que destacan *San Luis* y *Selcro* (ambos de 2003) y *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* (2008). En estas sentencias, el máximo tribunal nacional delimitó el concepto de «bases» de la delegación y declaró la inconstitucionalidad de las normas dictadas por el Ejecutivo que se apartaron de tales bases. En particular, la Corte Federal subrayó que el Congreso de la Nación debe fijar clara y precisamente los términos de la delegación, de modo que la normativa dictada en cumplimiento de tales fines pueda ser verificada, no pudiendo incluir términos demasiado vagos o imprecisos. GELLI resalta que, por la anomalía que implica la delegación en el sistema republicano, corresponde aplicar la regla de que, a mayor delegación, corresponden controles más intensos, tanto por parte del Congreso de la Nación como del Poder Judicial (GELLI, t. II, p. 273)<sup>11</sup>.

En lo que resulta objeto de este trabajo, debemos subrayar que, en virtud de la emergencia vigente por la Ley 27541, toda la normativa dictada por el Ejecutivo debería ajustarse estrictamente a las bases de la delegación fijadas en el artículo 2 de la ley. Sin embargo, en lugar de utilizar tan amplia delegación, y dictar reglamentos delegados para hacer frente a la crisis, el Poder Ejecutivo ha recurrido al dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, un instituto muy diferente, como veremos a continuación.

11. La misma jurista también ha señalado que más allá de la laxitud de los términos de la materia posible de delegación (administración y emergencia), la transferencia de competencia no podría realizarse tampoco válidamente en las materias prohibidas por el artículo 99 inciso 3 (penal, tributaria, electoral y régimen de partidos políticos).

## 6. LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Sin dudas, las normas más importantes (y numerosas) dictadas en el marco de la actual emergencia han asumido la forma de decretos de necesidad y urgencia, por lo que conviene realizar un repaso de los aspectos más sobresalientes de este instituto de excepción. Los decretos de necesidad y urgencia son una clase de reglamentos administrativos, dictados por el Poder Ejecutivo Nacional ante situaciones graves y cuya urgencia impide aguardar el trámite normal de las leyes.

Si bien existen algunos antecedentes —algunos de ellos muy importantes— de decretos de necesidad y urgencia a lo largo de la historia institucional argentina, estos reglamentos recién tuvieron una regulación expresa a partir de la reforma constitucional de 1994. El artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional establece que:

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones... Inciso 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esa Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras.

Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Si bien la letra del artículo es claramente restrictiva y de excepción («no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo»), lo cierto es que la autorización constitucional ha servido en la práctica para que el Poder Ejecutivo —invocando la existencia de una grave necesidad y urgencia— utilice esta vía para emitir un gran número de normas de carácter legislativo<sup>12</sup>.

Este tipo de reglamento posee sus propias exigencias procedimentales o de forma: debe ser firmado en acuerdo general de ministros remitido por el jefe de Gabinete de Ministros dentro de los 10 días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, para que esta se expida y eleve su despacho al pleno de ambas cámaras. La

12. En los últimos 30 años se han dictado más de 800 DNU. Ver <https://chequeado.com/el-explicador/los-dnu-de-macri-cuales-son-los-presidentes-que-mas-usaron-esta-herramienta/>.

Constitución Nacional estableció también otra restricción sustancial: hay cuatro materias prohibidas para el Ejecutivo en las que, ni aun cuando concurren razones de verdadera urgencia y necesidad, puede inmiscuirse en la competencia legislativa. Son las materias penales, tributarias, del régimen electoral y del funcionamiento de los partidos políticos. Como enseña GELLI (2010: t. II, 367), estas dos últimas prohibiciones fueron fruto de la desconfianza reinante entre los dos mayores líderes partidarios al tiempo de la reforma (Alfonsín y Menem).

La ley especial para el control de esta facultad de excepción del presidente, prevista en la última parte del artículo, tardó más de 12 años en ser sancionada. Pero el tiempo de retraso no significó una mejor regulación de la materia. Y es que la Ley 26122 ha sido objeto de fundadas críticas por la escasez del control asignado al Congreso: basta con que una sola de las Cámaras no rechace la norma, incluso sin siquiera tratarla, para que el decreto mantenga su validez. Además, no pueden introducirse modificaciones al texto original; y todo el procedimiento aparece orientado a facilitar la ratificación de la decisión presidencial. Es tan evidente la labilidad del control legislativo que, desde 1994, ni uno solo de los centenares de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Ejecutivo ha sido rechazado por el Congreso de la Nación.

Los decretos de necesidad y urgencia se hallan, como todo acto estatal, sujetos al control de su legalidad y razonabilidad por parte del Poder Judicial. Si bien la Corte Suprema ha asumido distintos grados de amplitud del control —desde algunos muy restringidos en *Peralta* y *Rodríguez*, hasta otros muchos más amplios en *Video Club Dreams*, *Verrochi*, *Provincia de San Luis* y *Consumidores Argentinos*—<sup>13</sup> su doctrina actual admite el ejercicio de esta potestad bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales. Según la doctrina del máximo tribunal, para que se admita válidamente esta facultad tan extraordinaria, es necesario que: 1) sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, porque el Congreso no pueda sesionar por circunstancias de fuerza mayor (como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales); 2) la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que requiera un remedio inmediato, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes; 3) la solución sea razonable, en el sentido de adecuación de medios a fines y que no existan medios menos gravosos para garantizar los fines buscados; y 4) la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos.

13. CSJN, Fallos 313:1513; 318:1154; 320:2851; 322:1726; 323:1566 y 326:417.

## 7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU LIMITACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL

En el estado actual de la evolución del Derecho —y en particular del Derecho Administrativo—, sea que se trate de leyes formales, decretos delegados o decretos de necesidad y urgencia, el punto de partida del análisis sobre la legitimidad y la validez de las normas de excepción debe ser siempre el de los derechos de los ciudadanos. La tarea de los doctrinarios como justificadores del poder y sus prerrogativas ha quedado decididamente obsoleta. Por ello, cualquier norma que implique una limitación a los derechos y garantías reconocidos en el bloque normativo superior (Constitución Nacional, tratados y leyes federales) solo puede tener fundamento en el deber de garantizar otros derechos y en la mayor amplitud posible de la libertad y la dignidad humana. Como subraya BALBÍN, la dicotomía poder-libertad ha sido superada por el diálogo y la debida consideración de los derechos de los ciudadanos en relación a otros derechos, ya sean individuales o colectivos (BALBÍN, 2011: t. I, 279).

GELLI destaca que los artículos 14 y 19 de la Constitución «constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1853/60 y son la consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona» (GELLI, 2010: t. I, 83). El artículo 14 establece el principio de que los derechos no son absolutos, sino que pueden ser regulados o limitados por la ley, y el artículo 19, que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Pero esta regulación debe ser realizada por el órgano constitucionalmente habilitado (el Congreso de la Nación) y sin que la reglamentación implique la degradación o desaparición del derecho (artículo 28 de la CN).

Estas son las reglas en materia de regulación de los derechos en tiempos de normalidad. ¿Cambian estas reglas ante una situación de emergencia? La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que las restricciones a los derechos pueden ser temporalmente más restrictivas con motivo de situaciones de grave caos social o económico, construyendo toda una teoría de la emergencia pública<sup>14</sup>. Incluso ya hemos visto que, desde el punto de vista del sujeto, el Poder Ejecutivo puede asumir temporalmente la facultad de dictar normas de rango legislativo de carácter urgente, siempre que se cumpla con las pautas sustanciales y procedimentales que vimos en el apartado anterior.

Sin embargo, estas mayores restricciones deben cumplir con algunos requisitos para su validez. El primero es el de la temporalidad. Las normas dictadas para atravesar un momento excepcional no pueden cristalizarse en el tiempo y adquirir carácter

14. Pueden consultarse los muy completos suplementos de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre Emergencia Económica disponibles en [https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em\\_econom](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom)

[https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em\\_econom2](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom2).

permanente, más allá de lo estrictamente necesario. En este sentido, es importante recordar que no se ha declarado el estado de sitio (durante el cual se suspenden las garantías constitucionales)<sup>15</sup>, y que tampoco se ha cumplido con la comunicación prevista en el artículo 27 inciso 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como veremos más adelante.

Los otros dos requisitos para la validez de las medidas se vinculan con el cumplimiento de los principios de legalidad y razonabilidad. Entonces, toda restricción debe fundarse en ley —o una norma de rango equivalente— y debe ser proporcional, en tanto los medios que se utilicen sean adecuados —con la menor restricción posible de derechos— para el cumplimiento de los fines de orden público.

Es oportuno recordar las sabias palabras de GORDILLO (2013: t. 2, 205): «No pueden los juristas partir del poder del Estado como noción fundante de un sistema. Deben pues, si explican el sistema jurídico de nuestro país, partir de los derechos de los individuos, que son la base del sistema democrático de gobierno. Podrá haber limitaciones a tales derechos y las habrá, sin duda, pero el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación, para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones». Como muy acertadamente recuerda también SAGÜES (1990: 11), la emergencia no crea nuevos poderes en cabeza de los gobernantes, cuyas funciones deben ajustarse siempre a las pautas fijadas en el bloque constitucional supremo.

## 8. LAS PAUTAS FIJADAS EN EL ORDEN SUPRANACIONAL

La República Argentina integra el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuyos documentos básicos son la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (1985); el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (1994); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con Discapacidad (1999), y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013).

15. Constitución Nacional, artículo 23: En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales.

Nuestro país, además de haber suscripto estos tratados, les ha otorgado a varios de ellos y a otros tratados de derechos humanos la jerarquía constitucional en la reforma de 1994. El nuevo artículo 75 inciso 22 así lo dispone:

22. [...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Por lo tanto, cualquier medida de restricción de derechos debe ser compatible no solo con la Constitución Nacional, sino con todo este bloque convencional de Derechos Humanos, elevado a la misma jerarquía que el texto constitucional. Justamente en uno de los Tratados de Derechos Humanos (la Convención Interamericana de Derechos Humanos) se halla expresamente prevista la suspensión de los derechos y garantías, por el procedimiento y con los límites que se fijan en los artículos 27 al 30:

Artículo 27. Suspensión de Garantías 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. ...

Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Como resulta de los artículos citados, la restricción de los derechos, aun en el marco de la emergencia, no puede significar su desconocimiento o degradación, y nunca más allá de lo estrictamente necesario, temporal y razonablemente.

Además, es conveniente recordar que, el sentido que debe atribuirse a «ley» —única norma válida de restricción como regla— ha sido definido con toda claridad en la Opinión Consultiva OC-6/86 dictada el 9 de mayo de 1986 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su dictamen, el tribunal precisó el alcance de la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en respuesta a una solicitud del Gobierno de la República Oriental del Uruguay, señalando que:

35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención. 36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

Por lo tanto, resulta muy difícil sostener hoy —transcurrido un año desde el inicio de la crisis— que normas que no son leyes formales, como lo son los decretos delegados y los de necesidad y urgencia, puedan ser medios para la restricción legítima de los derechos fundamentales, incluso en el marco de la emergencia sanitaria.

Ya en el marco de emergencia por el COVID-19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó el 10 de abril la Resolución n.º 1/2020, titulada *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*<sup>16</sup>. Esta resolución contiene un conjunto de importantes recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros. Pasaremos revista a algunas de las más importantes:

En el artículo 3 c) se recuerda que el «deber de respetar los derechos humanos comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, es decir, requiere que cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público se abstenga de violar los derechos humanos» y en el inciso f) que «las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios «*pro persona*», de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada».

Estas pautas interpretativas son comunes a todo el sistema interamericano de Derechos Humanos, pero no es redundante recordarlas en el marco de esta emergencia, donde, so pretexto de las especiales condiciones sanitarias y la urgencia, se puede intentar la justificación de excesos en restricciones de derechos y garantías de los ciudadanos. La Comisión aprovechó también la ocasión para recordar a los Estados miembros el necesario cumplimiento de las pautas de legalidad y razonabilidad: «Las restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud», fundadas en la evidencia científica disponible; y que se debe «asegurar que ninguna medida de excepción sea, en sí misma o por sus efectos, discriminatoria y contraria al derecho internacional» ni dejar sin tutela grupos en especial condición de vulnerabilidad (artículo 27).

## 9. A MODO DE COLOFÓN

Resulta muy difícil llegar a conclusiones sobre esta inédita situación cuando vivimos tiempos tan extraordinarios, todavía lejos de concluir. Parece claro, también, que las soluciones no pueden ser las mismas que para los tiempos comunes, especialmente cuando se trata de preservar los primeros derechos: la vida misma y la salud de los ciudadanos.

En tal sentido, las restricciones a los derechos fundamentales son admisibles (y en algunos casos necesarias y convenientes), pero deben ser dictadas de conformidad a las reglas fijadas en la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos

16. Texto completo disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

suscriptos por el Estado argentino. En la elección y evaluación de estas soluciones de excepción, contamos con una guía que ni siquiera en este trance debemos abandonar: el bloque que conforman la Constitución Nacional y el sistema internacional de Derechos Humanos. De acuerdo a este bloque normativo superior, es el Congreso de la Nación el órgano encargado de fijar los límites a las libertades, tanto en tiempos normales como en la excepcionalidad. No es admisible, ni jurídica ni moralmente, que la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores hayan sesionado solo unas pocas veces, sin asumir las propias responsabilidades y casi al solo efecto de ratificar las decisiones del Poder Ejecutivo. De lo contrario, como con todo acierto señala AGUILAR VALDEZ (2020), se abandonaría el Estado de Derecho Constitucional, para caer en un «Estado Sanitario Administrativo de Excepción», incompatible con nuestra ley suprema<sup>17</sup>.

En el mismo marco de la emergencia (sanitaria, económica o social), debemos recordar constantemente la vigencia de los artículos 14, 16, 17, 18 19 y 28 de la Constitución Nacional y del bloque convencional de Derechos Humanos. Y, en cualquier caso, su interpretación debe ser siempre a favor de los derechos de los ciudadanos, procurando siempre la menor restricción a los derechos y garantías. El norte de toda acción estatal, en la normalidad o en tiempos excepcionales, debe siempre estar orientado a la mayor vigencia de la libertad y la dignidad de las personas. Por esto, toda restricción fundada en la emergencia debe estar claramente justificada y basada en una norma legal y razonable, interpretada además siempre de acuerdo al principio *pro homine* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 26 y 29 inciso b).

La protección del interés general no puede significar el desconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente en relación a los grupos más vulnerables (ancianos, discapacitados, niños), que, por el contrario, deben ser protegidos siempre con preferencia, tanto en tiempos de normalidad como, con mayor razón, en tiempos de excepcionalidad. Por eso, la gravedad de la situación exige un delicado equilibrio en las decisiones, para que la tutela de los derechos colectivos no derive en afectaciones innecesarias de los derechos individuales.

Los decretos de necesidad y urgencia, como actos administrativos en sentido amplio, gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Pero por su clara naturaleza excepcional y discrecional requieren de una adecuada motivación. Y es que discrecionalidad no es, en modo alguno, sinónimo de arbitrariedad. Por otra parte, los jueces se hallan en completa libertad para examinar si estas normas cumplen con todos los requisitos de fondo y de forma necesarios para su validez, en particular, si no invaden materia prohibida, si las medidas son razonables y si concurren efectivamente razones que hagan imposible el trámite normal de las leyes.

17. También la CIDH ha señalado su preocupación por la falta de funcionamiento efectivo de los poderes legislativos y judiciales durante la crisis (Resolución n.º 1/20, Considerando II, primer párrafo).

Al respecto, existiendo una delegación legislativa tan amplia dispuesta por la Ley 27541, parece muy difícil sostener que el Ejecutivo pueda recurrir válidamente a tal instrumento de excepción, toda vez que los reglamentos delegados, siempre dentro de las bases de la delegación, le permiten regular la emergencia sin tener que dictar decretos de necesidad y urgencia (THOMAS, 2020). La Corte Suprema sostuvo este mismo criterio en la causa *San Luis*, ya referida. En dicho fallo, el máximo tribunal sostuvo que no es admisible que, existiendo delegación sobre la misma materia, el Poder Ejecutivo recurra a un decreto de necesidad y urgencia, como medio para liberarse de las pautas de la delegación legislativa<sup>18</sup>.

Tampoco aparece como justificado constitucionalmente recurrir a esta herramienta tan excepcional, cuando el Congreso (aun cuando sea por medios parcialmente virtuales) se halla sesionando con regularidad (BUTELER, 2020). De este modo, los dos requisitos fundamentales que planteamos al inicio de este trabajo —legalidad y razonabilidad— aparecen muy debilitados. En el caso de la legalidad, porque, estando en funcionamiento el Congreso de la Nación, es este órgano el titular de la potestad regulatoria de los derechos y no el Poder Ejecutivo. Y en el caso de la razonabilidad, porque las medidas que pudieron resultar prudentes y proporcionadas en el inicio de la crisis (p. e. el aislamiento o la paralización absoluta de actividades) aparecen mucho menos justificadas luego de todo el tiempo transcurrido.

Para finalizar, a los fines del adecuado control de la ciudadanía —y eventualmente del Poder Judicial, cumpliendo su rol constitucional— es necesario que se expresen con toda claridad los motivos que llevan a la adopción de cualquiera de las medidas de restricción. Solo así estas medidas de emergencia serán válidas, en tanto respeten los límites sustanciales y procedimentales previstos en la Constitución Nacional y las normas convencionales y legales de máxima jerarquía.

18. «En resumen, conceptualmente resulta concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia (art. 76 de la Constitución Nacional), como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí, en el marco reglado por el art. 99 inc. 3.º de la Ley Fundamental. Pero lo que no es procedente es que, frente a una delegación —como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561—, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él. La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida —dentro de las bases... que el Congreso establezca— (art. 76). La sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3.º de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional». CSJN, *Provincia de San Luis c/ Estado Nacional*, sentencia del 05/03/03, considerando 30.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VALDEZ, O. 2020: «¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción». *La Ley*, 25 de mayo de 2020.
- BALBIN, C. 2011: *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- BUTELER, A. 2020: «La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria». *La Ley*, 25 de mayo de 2020.
- CASSAGNE, E. 2020: «El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19». *La Ley*, 2 de junio de 2020.
- GELLI, M. 2010: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- GORDILLO, A. 2013: *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- PERRINO, P. 1998: «Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional». En Juan Carlos Cassagne (dir.): *Derecho Administrativo*, obra en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SAGÜÉS, N. 1990: *Derecho Constitucional y derecho de emergencia*. Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales XXXV. Buenos Aires.
- THOMAS, G. 2020: *El Estado en la emergencia del COVID-19*. Rosario: Nova Tesis.