

# RDA

## DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,  
JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Edición especial  
COVID-19

DIRECTOR:

**JUAN CARLOS CASSAGNE**

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino  
David Andrés Halperin  
Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2020 | 130

TEMA SELECCIONADO

Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

ISSN 1851-0590

 INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL

**ABELEDOPERROT**

ISSN: 1851-0590  
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados  
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

# RDA

## DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,  
JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

**JUAN CARLOS CASSAGNE**

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino

David Andrés Halperin

Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2020 | 130

TEMA SELECCIONADO

Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

**ABELEDOPERROT**

### **Consejo de Redacción**

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

### **Secretarios de Redacción**

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

### **Coordinador**

Nicolás R. Acerbi Valderrama

### **Consejo Consultivo Internacional**

Hermann-Josef Blanke (Alemania)  
Christian Pielow (Alemania)  
Karl-Peter Sommermann (Alemania)  
Odete Medauar (Brasil)  
Fabio Medina Osorio (Brasil)  
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)  
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)  
Vitor Rhein Schirato (Brasil)  
Felipe de Vivero (Colombia)  
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)  
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)  
Consuelo Sarria (Colombia)  
Alejandro Vergara Blanco (Chile)  
Tomás Ramón Fernández (España)  
José Luis Martínez López-Muñiz (España)  
Santiago Muñoz Machado (España)  
Luis Martín Rebollo (España)  
Franck Moderne (Francia)  
Pierre Subra de Bieusses (Francia)  
Carlo Marzuoli (Italia)  
Domenico Sorace (Italia)  
Aldo Travi (Italia)  
Luciano Vandelli (Italia)  
Luis José Bejar Rivera (México)  
Jorge Danós Ordóñez (Perú)  
Richard Martin Tirado (Perú)  
Lino Torgal (Portugal)  
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)  
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### **Constitucional**

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parellada  
Máximo Gonzalo Sozzo

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery



### TEMA SELECCIONADO:

### Impacto del COVID-19 en el Derecho Administrativo

La federación unitaria en tiempos de emergencia <i>María Gabriela Ábalos</i> .....	3
Crisis, derechos humanos, tecnología y pos-COVID-19 <i>Carlos A. Andreucci</i> .....	13
La Corte Suprema no es el Consejo de Estado. A propósito de la consulta del Senado <i>Alberto B. Bianchi</i> .....	36
Control judicial en estado de emergencia por pandemia <i>Alberto Biglieri</i> .....	48
Coronavirus: emergencia sanitaria y económica <i>Carlos Botassi</i> .....	55
Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19 <i>Pablo O. Cabral</i> .....	64
El derecho a la vivienda digna en CABA en tiempos de COVID-19 <i>Adrián Campos</i> .....	95
La regulación en el estado de emergencia <i>Juan Carlos Cassagne</i> .....	101
La garantía del plazo razonable frente a la suspensión de procedimientos y plazos administrativos derivada de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de coronavirus COVID-19 <i>Martín R. Espinoza Molla</i> .....	112
Los cierres de circulación que efectúan los municipios en tiempos del coronavirus <i>Cintia R. Febraro</i> .....	120

La suspensión de los plazos administrativos en el ámbito de la AFIP, en virtud de la emergencia sanitaria declarada por el coronavirus COVID-19 <i>Lucas R. Figola</i> .....	128
Las contrataciones públicas en trámite y el COVID-19. Algunas reflexiones <i>Álvaro B. Flores</i> .....	136
COVID-19 y ampliación de atribuciones en materia presupuestaria del jefe de Gabinete <i>María Cristina Girotti</i> .....	150
La actuación notarial durante la emergencia sanitaria con motivo del virus COVID-19 <i>María Luján Lalanne de Pugnaloní</i> .....	158
La Corte Suprema y las cuestiones políticas <i>Carlos J. Laplacet</i> .....	165
El control judicial de decisiones estatales en el marco de la emergencia sanitaria. Un relevamiento de casos <i>José Ignacio López - Ramiro Vélez</i> .....	193
El valor de las infraestructuras en contextos de emergencia sanitaria <i>Leonardo Massimino</i> .....	201
La normativa COVID-19 como hecho del príncipe <i>Jorge I. Muratorio</i> .....	209
La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19 <i>Pablo E. Perrino - Juan Carlos Sanguinetti</i> .....	220
Ocupación temporánea en tiempos de COVID-19 <i>Pedro Romero</i> .....	243
El virus de Wuhan y la libertad religiosa. El aporte de dos decisiones jurisprudenciales extranjeras <i>Estela B. Sacristán</i> .....	250
La pandemia del COVID-19 como causal de fuerza mayor extintiva en las contrataciones administrativas <i>Gustavo E. Silva Tamayo</i> .....	263
La suspensión de los plazos administrativos con motivo de la emergencia nacional por el coronavirus COVID-19. Breve reseña normativa <i>Lucía I. Videla</i> .....	281
La erosión democrática en los tiempos del coronavirus. Discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial <i>Juan Santiago Ylarri</i> .....	287

TEMA SELECCIONADO:  
Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

---

Thomson Reuters

Thomson Reuters

# La federación unitaria en tiempos de emergencia

María Gabriela Ábalos

**Sumario:** I. Introducción.— II. Federación unitaria antes y después de 1994.— III. Emergencia, facultades concurrentes y decretos de necesidad y urgencia.— IV. Propuesta: ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos.

## I. Introducción

Encarar el análisis del accionar estatal frente a la emergencia desencadenada por el COVID-19, en el caso argentino, lleva a desentrañar el rol que les cabe a las descentralizaciones locales en el concierto federal.

La historia del federalismo argentino está plagada de notas unitarias tanto en su diagrama constitucional como luego en su recorrido institucional. El siglo XX, con los seis golpes de estado que marcaron graves años de discontinuidad democrática, produjo una debilidad considerable en una fórmula federal nacida ya con fuerzas centrípetas importantes. El intento de modificar esta situación por parte de la reforma constitucional de 1994 no fue suficiente, ya que, si bien uno de sus objetivos fue el de fortalecer el federalismo, y en línea con ello, el de atenuar el presidencialismo, lo que luego se plasmó en el texto constitucional produjo la inversión de dichos verbos.

A este federalismo con notas endémicas, se le suman las recurrentes emergencias políticas y económicas que desde el retorno a la democracia se hicieron frecuentes y que ahondaron las medidas tomadas desde la Nación, generalmente en manos del presidente, dejando de lado abiertamente la participación de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios.

Con la declaración de pandemia del COVID-19 por la Organización Mundial de la Salud, el 11 de marzo de 2020, en el marco de la emer-

gencia ya declarada por la ley 27.541 a fines de diciembre de 2019, proliferan los decretos de necesidad y urgencia y las resoluciones administrativas del jefe de Gabinete de Ministros que ponen en discusión, entre otras cuestiones, el rol que les cabe a los gobiernos locales.

Si bien el federalismo supone un proceso dinámico y cambiante, donde constantemente están en pugna las fuerzas centrífugas y las centrípetas, no deja de advertirse la mayor complejidad que ese proceso adquiere en el caso argentino, dada la mixtura con notas unitarias, que aún en tiempos de normalidad institucional, muchas veces, se imponen.

En épocas de emergencia el federalismo es puesto a prueba, dado que al aumentar la exigencia de celeridad en la toma de decisiones y en su ejecución, se convalida la centralización de tales acciones en manos de la Nación, particularmente del presidente. Ello puede llevar a desdibujar los límites federales y nulificar a los gobiernos locales tanto provinciales como municipales. En sentido inverso, las respuestas atomizadas y sin coordinación por parte de los miembros de la federación, tampoco parecería ser el camino adecuado puesto que acarrearían disvaliosas soluciones.

Sin duda, la emergencia por la que atraviesa el mundo y en particular la Argentina, supone una nueva prueba de resistencia, entre otros aspectos, al federalismo unitario, un escalón más en el proceso donde se debaten las fuerzas de centralización y de descentralización.

## II. Federación unitaria antes y después de 1994

Desde la recepción constitucional del federalismo según lo establece el propio texto de 1853 en el art. 1º, se buscó conciliar y superar los diversos intereses nacionales y provinciales, equilibrar el conjunto de factores que tendían a la unidad y a la diversidad, confluyendo en una fórmula mixta, la conocida fórmula alberdiana de la unidad-federativa o federación-unitaria.

La historia constitucional nos muestra una convivencia, no siempre pacífica, entre el federalismo rioplatense basado en el modelo norteamericano y más cercano a la figura confederal, y el federalismo del interior (1). Alberdi con claridad advertía que el problema más difícil que presentaba la organización política de la República Argentina consistía en determinar cuál sería la base más conveniente para el arreglo de su gobierno central, si la forma unitaria o la federativa, ya que, las dos tienen antecedentes tradicionales en la vida del país, han coexistido y coexisten en la formación de la existencia política de la República (2).

De ahí que el federalismo consagrado en el texto constitucional de 1853 pretendía la conciliación de las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la nación "... solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los términos del problema argentino —la na-

ción y la provincia—, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la aplicación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación; ley natural de todo cuerpo orgánico, sea colectivo o sea individual, llámese Estado o llámese hombre; según la cual tiene el organismo dos vidas, por decirlo así, una de localidad y otra general o común, a semejanza de lo que enseña la fisiología de los seres animados, cuya vida reconoce dos existencias, una parcial de cada órgano, y a la vez otra general de todo el organismo" (3).

Con la reincorporación de la provincia de Buenos Aires, la reforma de 1860 le da un giro más federal al texto. Suprime notas unitarias como la revisión de las constituciones provinciales por parte del Congreso, la atribución del mismo órgano de realizar juicio político a los gobernadores, la competencia de la Corte federal para resolver conflictos de poderes provinciales.

Con el correr del siglo XX, la discontinuidad constitucional materializada por seis gobiernos de facto profundizó el centralismo. Sin embargo, en los interregnos de vigencia democrática se concretan algunos ejemplos importantes de un federalismo de mayor concertación a través del ejercicio coordinado de atribuciones nacionales y provinciales. El instrumento que posibilita tal camino es el de los tratados interprovinciales, utilizados mucho antes del texto 1853/1860 y que se concretan en este período en relación con los ríos interprovinciales, por ejemplo, con el tratado suscripto en 1960 entre las provincias de Santa Fe y Entre Ríos, que llevó a la construcción del túnel subfluvial (4) que une las capitales de dichas provincias. También con la creación del Consejo Federal de Inversiones (5) en 1959 por el acuerdo de las provincias, la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y

(1) SEGRETI, Carlos A., "Federalismo rioplatense y federalismo argentino", Cuadernos 7 y 8, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, ps. 2 y 79. Opina este autor que "... el federalismo artiguista y cuya adopción se explica por necesidad carece de antecedentes históricos en la Banda Oriental y por ello tiene que ser copia y adaptación si se quiere. No ocurrirá lo mismo con el federalismo argentino, que es indudablemente producto histórico y de aquí su originalidad sin que con esto quiera decir creación de la nada, como se comprenderá" (ibidem, p. 34).

(2) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed. Francisco Cruz, Buenos Aires, 1914, cap. XVII; p. 102. Afirma Pérez Guilhou que la fórmula mixta no es novedad en las "Bases" porque ya la había planteado cuando la redacción de "Las palabras simbólicas" (PÉREZ GUILHOU, Dardo, "El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853. Tradición y modernidad", Ed. Ediunc, Mendoza, 2003, 2ª ed. corregida y ampliada, p. 119).

(3) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases...", ob. cit., p. 108. Ver entre otros a ÁBALOS, María Gabriela, "El pensamiento constitucional de Juan Bautista Alberdi. La influencia de su pensamiento en el derecho público provincial y municipal argentino"; en MANILI, Pablo (dir.), El pensamiento constitucional argentino (1810-1930), Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, ps. 203-221.

(4) [www.tunelsubfluvial.gov.ar](http://www.tunelsubfluvial.gov.ar)

(5) [www.cfi.gov.ar](http://www.cfi.gov.ar)

en ese momento el territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. De igual manera la creación de la Comisión Federal de Impuestos y otros comités federales en distintas materias como educación, salud, ambiente, seguridad, etcétera.

El advenimiento de la reforma de 1994 arroja luces y sombras en torno al federalismo tanto desde lo político institucional como desde lo fiscal (6). Son avances significativos el incremento de competencias concurrente y compartidas (arts. 41, 42, 75, inc. 2º, 125, CN), el reconocimiento de las autonomía municipales (art. 123, CN), la consagración de las regiones (art. 124, CN), del dominio de los recursos naturales existentes en las provincias (art. 124), el de la potestad tributaria y el ejercicio del poder de policía en los establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30, CN) (7) y la posibilidad de las provincias de celebrar convenios internacionales (art. 124, CN) (8). Como contracara, el nuevo carácter del Senado que se transforma de cuerpo calificado representante de las provincias en un pie de igualdad, a ser la Cámara de las disputas partidarias; la elección directa del presidente, que acentúa los desequilibrios en tanto cuatro pro-

vincias bastarán para imponer su voluntad a las demás; la convalidación del status quo en materia económica con la concentración en manos de la Nación de los principales impuestos directos e indirectos con la injustificada demora de la ley convenio de coparticipación; más la ampliación de facultades del presidente en materia legislativa a través de los decretos delgados, los de necesidad y urgencia, la promulgación parcial de leyes, con controles escasos y poco eficientes (9).

### III. Emergencia, facultades concurrentes y decretos de necesidad y urgencia

*III.1.* La irrupción de la pandemia de COVID-19 fuerza un reconocimiento y declaración de emergencia cuyas consecuencias se materializan en el acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación y aun restricción en el ejercicio normal de los derechos. Este estado de emergencia que amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal tiene, sin embargo, que ajustarse a presupuestos constitucionales ineludibles como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la temporalidad y por supuesto el principio de legalidad.

En el texto constitucional de 1853/60, las situaciones de emergencia previstas a partir del estado de sitio y de la intervención federal dan participación al Congreso y al Poder Ejecutivo, en la adopción de estas herramientas de excepción, bajo el control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial. La reforma de 1994, con la incorporación de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º) y de los decretos delegados (art. 76) permite al Ejecutivo el ejercicio de facultades legislativas en casos de urgencia en el primero, y de emergencia, en el

(9) PÉREZ GUILHOU, Dardo, "Nación y provincias: competencias. Enfoque histórico-político"; en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, "Atribuciones del Congreso Argentino", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos — Depalma, 1986, p. 85. Ver también de SEGRETÍ, Carlos S. A., "Federalismo rioplatense y federalismo argentino", Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, Cuaderno nros. 7 y 8. Así lo expresa PÉREZ HUALDE, Alejandro, "La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias", LA LEY 2010-A, 1177.

(6) Es útil el aporte en clave comparada que efectúa Hernández en la clasificación de los federalismos en HERNÁNDEZ, Antonio M., "Estudios de Federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018; ps. 20-25; del mismo autor "Federalismo y Constitucionalismo provincial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; "Aspectos jurídicos e institucionales del Federalismo Argentino", Antonio M. HERNÁNDEZ (dir.), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Colección Federalismo v. III, Ed. Advocatus, abril de 2011, ps. 211 y ss.

(7) Ver entre otros, ÁBALOS, María Gabriela, "Consideraciones sobre los establecimientos de utilidad nacional en la Constitución Nacional", en PÉREZ GUILHOU, Dardo — SEISDEDOS, Felipe, "Derecho Constitucional de la reforma de 1994", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos - Martín Fierro, Mendoza, 1995, t. II, ps.43 y ss. MANILLI, Pablo L., "Establecimientos de utilidad nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004.

(8) Ver entre otros, VILLACH, Anabela, "Las provincias y los convenios internacionales: análisis, caracterización y aportes", El Derecho Constitucional, 14.759, 21/11/2019; BUJ MONTERO, Mónica, "Las provincias y los convenios internacionales", en PÉREZ GUILHOU, Dardo — SEISDEDOS, Felipe, "Derecho Constitucional de la reforma de 1994", t. II, ob. cit., ps. 381 y ss.

segundo, con mecanismos de control en manos del Congreso con la intervención de la Comisión Bicameral Permanente que no han sido demasiado eficaces (10).

En esos casos de excepción, el control sobre el cumplimiento de los requisitos impuestos debe ser estricto y de interpretación restrictiva, toda vez que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a las exigencias formales en cuestión. Asimismo, corresponde ser todavía más estrictos en el control cuando se reglamenten, limiten o suspenden transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas (11).

A ello se suma desde la conformación del estado federal, la necesaria participación de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la toma de decisiones de emergencia a través del pleno funcionamiento del Congreso, como, asimismo, el indispensable respeto a la distribución de competencias entre los sujetos que conforman dicho estado, preservando el ejercicio concurrente con base en los principios de subsidiariedad, solidaridad y lealtad federal.

(10) Así lo demuestran los fundados trabajos de SANTIAGO, Alfonso — VERAMENDI, Enrique — CASTRO VIDELA, Santiago, “El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019; También de SANTIAGO, Alfonso — VERAMENDI, Enrique — CASTRO VIDELA, Santiago, “La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994”, Sup. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014, 165, LA LEY 2014-E; SANTIAGO, Alfonso — VERAMENDI, Enrique — CASTRO VIDELA, Santiago — DACUNTI, Patricio, “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación”, LA LEY 14/03/2019, 1; 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?”, La Ley Sup. Const. 2020 (abril), 07/04/2020, 1, entre otros.

(11) GONZÁLEZ ZAMBÓN, Ignacio, “Primeras aproximaciones al derecho administrativo en tiempos de Covid-19”, ED. 288, 22 de mayo de 2020. También PÉREZ HUALDE, “¡La emergencia de la emergencia! Al rescate del Defensor del Pueblo y de la Comisión Bicameral Permanente”, ED Constitucional, febrero 2020, entre otros.

En este sentido la concurrencia deviene de la materia sobre la que recae la actividad estatal, teniendo en cuenta la identidad de fines entre el Gobierno central y los gobiernos locales involucrando en muchos casos a la ciudad de Buenos Aires y a los municipios, y significa que cada gobierno reglamenta en “su orden” respectivo las actividades referidas por la Constitución, y que confluyen dirigidos por un fin de bien superior. Así las facultades concurrentes suponen materias respecto de las cuales se autoriza la *co-gestión* de los órdenes de gobierno, como son la salud, los recursos naturales, la educación, el desarrollo humano, la cultura, etc., cuyo contenido linda con el desarrollo económico-social (12).

En lo referido a la limitación de los derechos, la configuración y alcance del poder de policía en general y en materia sanitaria en particular, exige el ejercicio concurrente, la *co-gestión* que alcanza a los cuatro órdenes de gobierno, donde tanto la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como los municipios, en su ejercicio coordinado y armónico (13).

La interpretación jurisprudencial desde antaño reconoció como propio de la legislación local el ejercicio del poder de policía en materia de salubridad, moralidad y seguridad. Desde “Plaza de Toros en 1869” (14) y “Saladeristas de

(12) Ver entre otros a ÁBALOS, María Gabriela, “Las provincias y sus relaciones con la Nación y los municipios en el federalismo argentino”; en Aspectos jurídicos e institucionales del Federalismo Argentino, dirigido por el Dr. Antonio HERNÁNDEZ, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Colección Federalismo v. III, Ed. Advocatus, abril de 2011, ps. 211 y ss.

(13) Bien se ha puntualizado que en numerosos casos durante el siglo XX se expropiaron materias subnacionales al amparo de la teoría de los poderes implícitos del Estado federal (MARQUIARO, Enrique J., “Derecho municipal y pandemia. Los municipios pueden regular de más en tanto no interfieran en el interés nacional”, LA LEY 25/05/2020, 13).

(14) CS, “Empresa Plaza de Toros c. Provincia de Buenos Aires”, 1869, Fallos 7:150. “(...) La policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14, CN a los habitantes

Barracas de 1887" (15), se convalida dicho poder en las provincias, sin embargo, se impone la coordinación entre los sujetos del federalismo ya que el Estado Nacional ejerce las competencias sustantivas en el diagrama de las políticas públicas en materia de salud (16). Después de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud resulta expresamente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que incorpora el inc. 22 del art. 75, CN, a lo que las provincias con anterioridad ya le habían dado cabida en sus textos constitucionales como en Córdoba, Buenos Aires, Santa Fe, Jujuy, Entre Ríos, entre otros.

De esta forma, tanto el Estado Federal como las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están obligados al cumplimiento de los deberes emergentes de los tratados de derechos humanos que amparan el derecho a la salud, junto a las cláusulas constitucionales provinciales que también lo contemplan. Así se impone el ejercicio coordinado de atribuciones donde la Nación aporte el piso de igualdad respetando las potestades locales. Se trata del establecimiento del piso mínimo de protección que en materia de salud lo brinda la legislación nacional de manera específica, y los demás órdenes, la complementariedad para mejorar y abundar la plena realización del derecho en cuestión (17).

de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio”.

(15) CS, “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y Toros c. Provincia de Buenos Aires”, 14 de mayo de 1887, Fallos 51: 274.

(16) URREJOLA, Gastón, “El derecho a la salud en el federalismo argentino: breves consideraciones”, Suplemento de Derecho Constitucional, 2, 27/04/2020.

(17) Se ha dicho que el Consejo Federal de Salud (COFESA) y el Consejo Federal de Legislación Sanitaria (COFELESA) se presentan como una plataforma básica sobre la que desarrollar una estrategia global y sistémica en el complejo “mapa” jurisdiccional e institucional del Sector en nuestro país, lo que permitiría el ejercicio de los Roles de Rectoría y de Garante del Estado Nacional. Así lo afirman BONPLAND, Viviana — BOZZOLO, Alberto, “Federalismo sanitario en la reforma constitucional de 1994”; <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/07/Salud-Doctrina-2015-07-13.pdf>.

III.2. La materia sanitaria es declarada en emergencia pública a fines de diciembre de 2019 a través de la ley 27.541, junto a ocho materias, como son la económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética y social. En dicha norma, además, se hace uso de una herramienta de excepción incorporada por la reforma de 1994 para dar respuesta a las situaciones de emergencia pública, como es la delegación legislativa contemplada en el art. 76 de la CN, se circunscribe temporalmente hasta el 31 de diciembre de 2020.

Bajo el título de solidaridad social y reactivación productiva, la emergencia declarada pretendía dar respuesta a la severa crisis económica y financiera ya existente en ese momento. Las dimensiones de la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, como las nueve materias involucradas, muestran una amplitud y dimensiones que poco se compadecen con el principio general de excepcionalidad y de razonabilidad de las herramientas utilizadas. Ello puede verse con claridad en las bases de la delegación prevista en el art. 2º de dicha norma (18), que involucran desde aspectos con relación a la deuda pública, a la reestructuración tarifaria de servicios públicos, cuestiones previsionales, salariales e impositivas como la habilitación para incrementar alcúotas, configurar nuevos hechos impositivos, fijar y congelar tarifas y salarios mínimos, establecer índices de haberes jubilatorios hasta el suministro de

(18) Ley 27.541. Art. 2º.— 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 su gestión eficiente. c) Promover la reactivación productiva, poniendo el foco en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas. d) Crear condiciones para la sostenibilidad fiscal. e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben menores ingresos. f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social. g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados.

medicamentos. Se configura una enumeración muy amplia, plagada de conceptos jurídicos indeterminados, que se asemeja más a un programa de gobierno que a las bases concretas que deberían delimitar el acotado marco de acción de la restrictiva delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (19).

Esta combinación entre nueve materias declaradas en emergencia pública, y la amplitud de facultades delegadas al Ejecutivo debería estar acompañada de iguales dimensiones de control, empezando con el estudio pormenorizado en el seno de la Comisión Bicameral Permanente de cada uno de los decretos emitidos en cumplimiento de la delegación, más el debate serio y profundo en las Cámaras, culminando con el estricto control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad complementario en cada caso (20).

III.3. Esa emergencia pública en materia sanitaria prevista en la ley 27.541, fue ampliada por un año desde el 12 de marzo del 2020, es decir, al día siguiente que la Organización Mundial de la Salud declarase el brote de coronavirus como pandemia. Sin embargo, esa ampliación de la emergencia acompañada de facultades legislativas delegadas al Ejecutivo, fue dispuesta mediante un instrumento jurídico diferente al legal. En efecto se echó mano a las atribuciones excepcionales prevista en el art. 99, inc. 3º, y a través del decreto de necesidad y urgencia 260, se dispuso esa ampliación, junto a distintas medidas preventivas y de aislamiento social con la habilitación de materia legislativa al jefe de Gabinete, autorizándolo a realizar la reasignación de partidas presupuestarias correspondientes para su implementación (art. 23).

Adviértase que se trata de un decreto de necesidad y urgencia que excede el marco cons-

(19) Lo afirma con acierto MAZZINGHI, Marcos, "Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública", LA LEY 2020-A, 820, entre otros.

(20) Así se analiza en ÁBALOS, María Gabriela, "Poderes públicos y emergencia: diagnóstico y propuestas", en Suplemento de Derecho Constitucional, ED, junio de 2020 y en Revista Digital "Constitución y emergencia sanitaria", IV, 19 de junio de 2020; Asociación Argentina de Derecho Constitucional; <http://aadconst.org.ar/revista-digital/revista/se-iv/>.

titucional puesto que amplía la emergencia dispuesta mediante una ley, violando abiertamente con el principio de legalidad. De la misma forma si se entendiese que se trata de decreto delegado dentro de la ley 27.541 también sería inconstitucional puesto que estaría modificando las bases de la delegación. A ello cabe agregar la habilitación para ejercer facultades legislativas al jefe de Gabinete de Ministros, fiel a los resortes presidenciales, y fuera de la excepcionalidad prevista en el art. 99, inc. 3º (21).

En la misma línea, el decreto de necesidad y urgencia 287 habilita al jefe de Gabinete a coordinar con las distintas jurisdicciones y organismos del sector público nacional, la implementación de acciones y políticas para el cumplimiento de las recomendaciones de la autoridad sanitaria nacional y se habilitan las contrataciones directas de bienes y servicios necesarios para atender la emergencia. Seguido del dec. 297 que desde el 20 de marzo ordena la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", con las distintas prórrogas mediante los decs. 325, 355, 408, 459, 493 y mediante el 520 se amplía hasta el 28 de junio inclusive, pero habilita el "distanciamiento social preventivo y obligatorio" en determinados aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias argentinas que indica, en tanto estos verifiquen en forma positiva los parámetros epidemiológicos y sanitarios que determina (22).

Especial atención merece el decreto de necesidad y urgencia 457 del 10 de mayo de 2020 que, bajo la referencia al innegable impacto

(21) CASTRO VIDELA, Santiago — MAQUEDA FOU-RCADÉ, Santiago, "Procedimientos de imposición y de revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento. Comentario y análisis de las implicancias de los DNU 260/2020 y 297/2020 y los recientes controles de precios y producción adoptados ante la pandemia por coronavirus (COVID-19)", LA LEY 03/04/2020, 03/04/2020, 1. Ver también 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, 05/05/2020, 2, entre otros.

(22) Ver el listado de normas dictadas por el Ejecutivo en "Marco normativo sobre COVID-19 en Argentina", de GUIDO FORINO, Sebastián — VIDAL ARTETA, María Claudia — FORNARO, Julián Santiago N. — PAILLET, Romina Belén, El Derecho, t. 286; 23 de abril de 2020.

en el normal funcionamiento de la economía y de la sociedad producido por las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, modifica el presupuesto general para la administración pública nacional, recordando que continúa siendo el del año 2019, y se habilita al jefe de Gabinete a efectuar reestructuraciones presupuestarias, transfiriéndosele, además, los fondos reservados, suspendiéndose la aplicación de los límites establecidos en el tercer párrafo del art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (23).

Además de todo lo señalado, a través de los decretos de necesidad y urgencia referidos más los dictados posteriormente, se han realizado modificaciones legislativas en las distintas materias declaradas en emergencia por la ley 27.541 que abarcan cuestiones económicas, financieras, fiscales, administrativas, previsionales, tarifarias, energéticas, sanitarias y sociales.

Este accionar del Ejecutivo en el campo del inc. 3º del art. 99 marca un hiperactivismo que deja serios interrogantes dignos de ser destacados:

1. En primer lugar, en el marco de una emergencia pública declarada legalmente, el Congreso hace uso de su potestad constitucional de delegar materia legislativa al ejecutivo en el marco del art. 76, ello mediante la ley 27.541. Luego la prórroga de dicha emergencia es declarada por el Ejecutivo mediante un decreto de necesidad y urgencia como es el 260, ello es una clara violación al principio de legalidad y si se entendiese que el decreto referido es delegado, importaría un apartamiento ostensible de las bases de la delegación.

2. En segundo lugar, en el marco de tal delegación legislativa, el poder ejecutivo está ejerciendo la facultad constitucional y de excepción,

(23) Gelli con acierto se pronuncia en contra diciendo “Como es sencillo de advertir, la acumulación de poder en el presidente de la Nación que emana del DNU 457/2020 es enorme; y en punto a la reestructuración de partidas presupuestarias resulta, a mi modo de ver, excesiva”. (GELLI, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible”, LA LEY 18/05/2020, 1).

como es el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Se aprecia entonces la concomitancia de materia legislativa delegada y la misma materia asumida por el ejecutivo materializando decretos de necesidad y urgencia. La interpretación judicial, hasta ahora, ha sido clara respecto a la incompatibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia, con la invocación de la emergencia en el mismo marco de otra ya declarada por el Congreso (en “San Luis c. EN” —LA LEY, 2003-B, p. 537—), que debe respetarse el principio de que el Poder Ejecutivo no legisla (CS, 04/11/2008, “Colegio Público de Abogados c. PEN”, Fallos 331:2406, y CS, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c. PEN”, Fallos 333:633); que debe haber una demostración plena y convincente de que se trata de una medida insustituible y justa para atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable (CS, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c. PEN”, Fallos 329:5913, voto Carmen Argibay). En este sentido, además, se privó de eficacia a la invocación de la imposibilidad de seguir el trámite de sanción de las leyes por el solo hecho de estar el Congreso en receso, exigiendo la necesaria y previa convocatoria a extraordinarias para demostrarla (caso “Redrado”) (24).

3. En tercer lugar, un decreto de necesidad y urgencia no puede contener materia tributaria y presupuestaria, está claro el límite impuesto por el propio inc. 3º del art. 99 excluyendo la primera donde rige el principio de legalidad. La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de estos decretos en materias tributarias en importantes precedentes como “Video Club Dreams” (1995), en “Zofracor” (2002), “Camaronera Patagónica SA” (2014), entre otros. De ahí que manifiesta inconstitucionalidad del dec. 457 que modifica el presupuesto general, y habilita al jefe de Gabinete a efectuar reestructuraciones presupuestarias, transfiriéndosele, además, los fondos reservados.

4. En cuarto lugar, es cuestionable el ejercicio de facultades legislativas por parte del jefe de Gabinete de ministros. Bien se ha dicho que resultan inconstitucionales las decisiones ejecutivas que limitan y reglamentan derechos por medio de decreto de necesidad y urgencia,

(24) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La urgencia en el marco de las emergencias”, ob. cit.

por lo que más grave aún, es merced a meras decisiones administrativas del jefe de Gabinete (25). Los ejemplos son numerosísimos y abarcan distintas disposiciones administrativas que regulan excepciones al “aislamiento social, preventivo y obligatorio” con relación a personas (con discapacidad y las comprendidas en el colectivo de trastorno del especto autista), actividades (como la bancaria) y servicios (como talleres para mantenimiento y reparación de automotores exclusivamente para transporte público, fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud), abarcando operaciones económicas, suministro de productos y servicios (como la venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas; fabricación de neumáticos; venta de artículos de librería e insumos informáticos, entre otros) (26).

5. En quinto lugar, encontrándose en funcionamiento del Congreso desde que reinició sus sesiones, en forma virtual, el día 13 de mayo último, es seriamente cuestionable el dictado de decretos de necesidad y urgencia, dada la dificultad de acreditar la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes que exige el inc. 3º del art. 99.

*III.4. La participación de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios en este contexto de emergencia se ve habilitada por los decretos de necesidad y urgencia que las someten a las autorizaciones del jefe de gabinete de ministros.*

(25) Así lo ha precisado con acierto ACEVEDO MIÑO, Martín, “La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas”, *El Derecho*, t. 286, 15 de mayo de 2020. Ver también de GARAT, Pablo, “El federalismo argentino y la crisis de su estado federal”, en *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, dirigido por Eugenio Luis PALAZZO, *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, ps. 224-225.

(26) Así instrumentadas mediante las Decisiones Administrativas 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020, 607/2020, 622/2020, 625/2020, 703/2020, 729/2020, 745/2020, 763/2020, 766/2020, 810/2020, 818/2020, 820/2020, 876/2020, 886/2020, entre otras.

Por ejemplo, el decreto de necesidad y urgencia 408 que admite la necesidad de readecuar el aislamiento a partir de las distintas realidades en la evolución epidemiológica en las regiones del país, si bien contempla que la adopción de decisiones serán consensuadas con los gobernadores y con el jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ello no es suficiente para preservar las autonomías locales, ya que obliga a las autoridades a someterse a la autorización del jefe de gabinete de ministros, resorte fiel del presidente.

En este mismo sentido, el dec. 520 que articula el distanciamiento social preventivo y obligatorio, distinguiendo entre departamentos y partidos de algunas provincias con las excepciones en los casos de Chaco, Chubut, Río Negro, Córdoba, Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contempla variadas disposiciones que invaden competencias locales como la inclusión de reglas de conducta, protocolos de actividades económicas, normas de actividades deportivas, sociales, artísticas, protocolos, evaluaciones de reinicio de clases, además, de la indicación de actividades prohibidas. Todo ello sometido a las autorizaciones a requerirse al jefe de Gabinete de Ministros, exigencia que agrava la subordinación a un funcionario nombrado y removido por el presidente, que está ejerciendo una tarea de coordinación de la mano de un decreto de necesidad y urgencia, todo lo cual daña seriamente a las autonomías locales.

Ello se profundiza a través de las numerosas decisiones administrativas del mismo jefe de Gabinete, como la nro. 524/2020 del 18 de abril de 2020, que exceptúa del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, en el ámbito de provincias determinadas (27), al personal afectado a ciertas actividades y servicios como cobranza de servicios e impuestos, oficinas de rentas provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, actividad registral nacional y provincial, venta de mercadería ya elaborada de comer-

(27) Como son las provincias de La Pampa, Neuquén, Formosa, Santa Cruz, Corrientes, Tierra del Fuego, Antártida e Islas Del Atlántico Sur, Salta, San Juan, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Chubut, Catamarca, Río Negro, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Chaco, Buenos Aires, San Luis y Misiones y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

cios minoristas, atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, ópticas, peritos y liquidadores de siniestros de las compañías aseguradoras, etc. En estos casos no solamente se está violando el principio de legalidad y la división de poderes, asumiendo el jefe de Gabinete funciones legislativas reglamentando el ejercicio de múltiples derechos, sino que, además, se impacta de lleno al federalismo, se relega y suplanta a los gobiernos locales del ejercicio de sus competencias y se las subordina a la centralización del ejecutivo nacional.

*III.5.* Se pretende justificar este accionar del presidente y de su jefe de Gabinete con relación a los gobiernos autónomos con la referencia al art. 128 de la CN, en cuanto concibe a los gobernadores provinciales como agentes naturales del gobierno federal, lo cual se amplía a los intendentes y al jefe de gobierno la Ciudad de Buenos Aires.

Es errada la apelación a los gobernadores como agentes del gobierno federal que contiene el art. 128, CN, como su extensión a los intendentes y al jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, para obligarlos a acatar medidas adoptadas en los decretos de necesidad y urgencia referidos, y menos aún, el sometimiento al jefe de Gabinete. Ello así porque el sentido de esta disposición es que los gobernadores, primero, y luego de la reforma de 1994, con las incorporaciones de las autonomías de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios, también sus gobiernos, respeten la supremacía constitucional en el marco del estado federal (28).

Los términos constitucionales son claros, se trata del gobierno *federal* y de la obligación de sus integrantes de hacer cumplir la *Constitución y las leyes de la Nación*. Ello así, los tres órdenes de gobierno autónomos (provincias, municipios y Ciudad de Buenos Aires) están comprometidos en el estado federal a respetar la supremacía constitucional con la jerarquía que incorpora

(28) Así lo expresa entre otros, GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., t. II, p. 744.

la reforma de 1994, y ello transforma a los gobernadores, intendentes y jefe de gobierno de la Ciudad, en engranajes claves dentro del federalismo para hacer cumplir la Constitución sin renunciar a sus potestades autonómicas (29).

En esta inteligencia, lo que deben hacer estas autoridades es exigir el pleno respeto por el texto constitucional, lo que supone demandar el accionar continuo del Congreso, sesionando diariamente para no dar lugar al ejercicio de funciones legislativas por parte del presidente, quien por su parte deberá ajustarse estrictamente a cumplir las exigencias del inc. 3º del art. 99, bajo el control de constitucionalidad y de convencionalidad que celosamente deberá ejercer el Poder Judicial funcionando con agilidad y en forma continua.

#### **IV. Propuesta: ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos**

La emergencia generada por la pandemia del COVID-19 supuso inicialmente la necesaria celeridad en la toma de decisiones y en su ejecución, lo cual se concretó a través del accionar del ejecutivo con las críticas señaladas.

Sin embargo, con el correr de los meses y el retorno del poder legislativo mediante sesiones virtuales a partir del 13 de mayo, exige que sea este órgano el que disponga las medidas necesarias para afrontar la situación imperante. Se impone su funcionamiento continuo, en sesiones permanentes como garante de la participación provincial en la toma de decisiones en emergencia, respetando el principio de legalidad en materia de restricciones de derechos.

El accionar del Congreso es clave entonces para garantizar la toma de decisiones donde las

(29) Ver entre otros los comentarios de CARNOTA, Walter, "El federalismo sanitario argentino y la pandemia (La hora del gobierno municipal)". Citar: elDial.com - DC2A3A, 20/04/2020; MARCHIARO, Enrique, "Derecho municipal y pandemia. Los municipios pueden regular de más en tanto no interfieran en el interés nacional", LA LEY 25/05/2020, 13; PULVIRENTI, Orlando, "El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia", LA LEY 25/05/2020, 11; WETT, Luis Darío, "Derecho a la emergencia: Decreto 351/2020. Algunas consideraciones en torno al rol de los gobiernos municipales en la actualidad", Sup. Adm. 2020 (mayo), 8. Cita Online: AR/DOC/1275/2020.

provincias y la Ciudad de Buenos Aires tengan presencia efectiva, y, además, es fundamental para limitar la hiperactividad ejecutiva no solamente controlando el ejercicio de facultades legislativas por vía decretos de necesidad y urgencia, sino, impidiendo tal accionar por medio de resoluciones administrativas del jefe de Gabinete. A su vez, el funcionamiento permanente y efectivo del Congreso también implicaría un freno a las respuestas atomizadas y sin coordinación que pretendieran dar los miembros de la federación.

En este marco, sesionando diariamente, se propone el debate y aprobación de una ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos acordados por todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Implicaría buscar los acuerdos interjurisdiccionales posibles para estructurar el bloque de emergencia nacional para todo el territorio, reservándose los gobiernos locales el dictado de sus propias disposiciones en la medida que complementen y no contradigan a las nacionales.

Esta ley convenio de emergencia, con un tiempo limitado expresamente previsto, permitiría a cada provincia, dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brindar las respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma. Sería la instrumentación de un federalismo de concertación promoviendo el fortalecimiento de las relaciones interjurisdiccionales como también la asun-

ción responsable de las atribuciones propias de cada orden de gobierno. Además, implicaría la concreción del principio de subsidiariedad, que daría prioridad a las iniciativas locales dentro de sus respectivas esferas competenciales, circunscribiendo la intervención nacional en las cuestiones que deben ser atendidas y resueltas desde ese ámbito.

El tratamiento federal de la emergencia exige una ley del Congreso que respete el margen de apreciación local **(30)**, poniendo en manos de las provincias junto a sus municipios, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de sus legislaturas sesionando diariamente, y con el brazo ejecutor de sus ejecutivos, las decisiones particulares respecto de permitir o limitar el ejercicio de derechos, libertades, actividades, etc., según la realidad de cada distrito con razonabilidad y proporcionalidad. Todo ello, bajo el control final del poder judicial en su rol de garante de derechos y libertades constitucionales y convencionales.

---

(30) Ver entre otros a ROSATTI, Emilio, “La emergencia y el margen de apreciación —nacional y local—”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>, 09/05/2020). También ver sobre margen de apreciación local, entre otros, a ÁBALOS, María Gabriela, “El desarrollo humano y el margen de apreciación local en el derecho público argentino”, ED. Constitucional, 14.291, 2017, 20 de octubre de 2017.

# Crisis, derechos humanos, tecnología y pos-COVID-19

Carlos A. Andreucci (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Evolución del cuadro de situación.— III. Emergencia.— IV. Historia de las pandemias.— V. El modelo constitucional y sus riesgos de origen en el siglo XX.— VI. El coronavirus y la tendencia autoritaria. Concentración de poder. Intervención estatal. Vigilancia y ciberpatrullaje. Contratos de alquileres. Riesgos de violencias institucionales.— VII. Percepción pública ciudadana y realidad.— VIII. Banco Mundial y CEPAL (Estado de bienestar).— IX. La pandemia y Argentina. El aislamiento y la suspensión de plazos administrativos. Acceso a la información pública.— X. Estado de sitio. ¿Se adecua a la pandemia?— XI. Poder Legislativo, Poder Judicial y pandemia.

*“(…) El año que la Tierra se detuvo” (\*\*).*

*“La luz del sol es el mejor de los desinfectantes” (\*\*\*)*

## I. Introducción

Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el COVID-19, ante la cual las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos. La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad (1).

(\*) Abogado. Profesor universitario. Especialista en Derecho Administrativo.

(\*\*) Film de 1951, revisionado en 2008.

(\*\*\*) En 1914 el juez Brandeis incluyó en el cap. V (“What Publicity Can Do”) de su opúsculo *Other’s People Money* dicha frase: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>.

“Teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos, y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, *la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia.*

“Reconociendo que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social, *puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y la libertad de circulación en espacios tangibles, públicos o comunes que no sean indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales o para la propia atención médica.*

(1) Resolución n1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020).

“Considerando con especial preocupación que mediante *la restricción o limitaciones a los derechos se pueden generar impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos y que, por lo tanto, se hace necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales para estos grupos*, ante la evidencia de que se han suscitado restricciones al trabajo de la prensa y detenciones arbitrarias de periodistas y personas defensoras de derechos humanos en el marco de la cobertura de la pandemia.

Reconociendo el rol crítico de la prensa, el acceso universal a Internet a través de las fronteras, *la transparencia y el acceso a la información pública respecto de la pandemia y las medidas que se adoptan para contenerla y enfrentar las necesidades básicas de la población, así como la preservación de la privacidad y la protección de datos personales de las personas involucradas*” (2).

## II. Evolución del cuadro de situación

Iberoamérica, con casi 670.000.000 de habitantes, sumará a los estimados 184.000.000 de pobres existentes y 62.000.000 en extrema pobreza (Panorama Social América Latina 2018 CEPAL difundido 16/10/2019), unos 30.000.000 de pobres y 15.000.000 más de extrema pobreza producto de las consecuencias directa e indirectas de la pandemia (3).

¿Qué harán los estados? ¿La globalización desaparecerá? ¿Resurgen las fronteras? ¿Las naciones? La globalización está herida pero no de muerte pues, aunque aparezca el “efecto caracol” de auto encierro o retracción, *se ha producido el fortalecimiento de la globalización de la era digital, virtual, que ha permitido frente al estupor y sorpresa del virus reaccionar a las naciones y sus pueblos en el contacto, aunque distante pero directo en imagen, sonido e información. Apareció una sociedad virtual ultraactiva con todas las redes sociales en enorme intensidad.*

(2) Resolución 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (II. estados de excepción, libertades fundamentales y estado de derecho).

(3) BÁRCENA, Alicia, secretaria ejecutiva CEPAL, Europa Press, Madrid 21/04/2020.

*Las conductas sociales serán hacia adelante y no hacia atrás.*

Las fronteras se cerraron, pero la globalización virtual o digital no las eliminó y las saltó con la tecnología. Aparecieron reacciones segregacionistas, protectorias, y discriminaciones por raza, etnia, condiciones socioculturales, económicas y sanitarias. Se avecina vivir con fronteras cerradas, con pasaporte sanitario, y con la globalización virtual continua e intensa. Con estados interventores de las actividades básicas y privadas de las personas y los colectivos. Surgen concentraciones del Poder Ejecutivo con disolución o relajación de los Poderes deliberativos o legislativos, de control y del Poder Judicial.

*Es decir, surge un desdibujado de Estado de derecho y riesgo cierto de la democracia real y libertades.* La depresión económica será superior a la del año 1929 e instala un escenario peligroso con sociedades y personas necesitadas y con demandas básicas que la democracia puede no darles respuestas inmediatas a sus ilusiones. *Se puede incubar un huevo ofídico que deberá atacarse con prontitud, inteligencia y acciones concretas.*

Volverán las pugnas dentro de las naciones y entre las naciones, junto a los espionajes, pues no se resuelven estos problemas con las guerras bélicas y en especial para China, que pretende hegemonía de la economía mundial. El escenario bélico no es proclive a ese logro, pero las fronteras existen y tratarán de protegerlas, aunque *la virtualidad saltará por encima de manera que la tecnología es el futuro de la comunicación social y la estabilidad y desarrollo de las naciones*, aunque introduciendo la seguridad de los datos personales.

*En este marco, las frágiles democracias con gobiernos inestables y no siempre convencidos de la cultura cívica constitucional utilizan y utilizarán las urgencias, excepciones y emergencias para concentrar poder y limitar libertades todo bajo la excusa de proteger y defender la seguridad, la salud, la economía, así como la preservación y continuidad de los pueblos y de las naciones, aunque sin fortalecer la cooperación internacional.*

El derecho es una oportunidad clave para prevenir esos riesgos, pues siendo una he-

ramienta que no es un fin en sí mismo debe ser justo y defensor de los DD. HH. y no olvidar que debe ser este el instrumento para mejorar durante y después de la crisis sanitaria. El derecho debe prevenir y resolver el dilema. Si no advertimos esto, estamos en riesgo cierto de no trabajar por la paz y la dignidad humana.

Alain Touraine reflexionó: “Estados Unidos ha abandonado el papel de líder mundial. Hoy ya no hay nada. Y en Europa, si se fija en los países más poderosos, nadie responde. No hay nadie en lo alto de la tabla. No existe un movimiento populista, lo que hay es un derrumbe de lo que, en la sociedad industrial, creaba un sentido: el movimiento obrero. Es decir, hoy no hay ni actores sociales, ni políticos, ni mundiales ni nacionales ni de clase. Por eso, lo que ocurre es todo lo contrario de una guerra, con una máquina biológica de un lado y, del otro, personas y grupos sin ideas, sin dirección, sin programa, sin estrategia, sin lenguaje. Es el silencio... Quizá existió la misma sensación durante la crisis del 29, yo había nacido un poco antes: todo desaparecía y no había nadie, ni en la izquierda ni en los Gobiernos. Pero es verdad que el vacío fue rápidamente llenado por el señor Hitler”. Sobre si el virus no lo cambia todo (las consecuencias económicas, nuevas costumbres sociales con más distancia, otras prioridades...), respondió: “No lo creo. Habrá otras catástrofes. Me extrañaría mucho que en los diez años que vienen no hubiese catástrofes ecológicas importantes, y los diez últimos años se han perdido. Atención, las epidemias no lo son todo. Y creo que entramos en un nuevo tipo sociedad: una sociedad de servicios, como decían los economistas, pero de servicios entre humanos. Esta crisis empujará hacia arriba la categoría de los cuidadores: no pueden seguir estando mal pagados. Al mismo tiempo, con estas crisis hay posibilidades de que un choque económico produzca reacciones que llamo de tipo fascista. Pero no me gustaría hablar demasiado del futuro, prefiero centrarme en el presente” (4).

Luigi Ferrajoli, con 79 años, precisa: “Es oportuno reclamar ese constitucionalismo planetario en una situación de emergencia como la del coronavirus. Porque espero que, precisa-

mente, esta emergencia del coronavirus provoque un despertar de la razón, generando la plena consciencia de nuestra fragilidad y de nuestra interdependencia global. Esta emergencia tiene un rasgo que la diferencia de las demás. A causa de su terrible balance diario de muertos en todo el mundo, hace aún más visible e intolerable que cualquier otra emergencia la falta de adecuadas instituciones globales de garantía, que tendrían que haberse introducido en actuación de esa embrionaria constitución mundial formada por las diversas cartas internacionales de los derechos humanos. Por eso, hace más urgente y más compartida que cualquier otra catástrofe la necesidad de un constitucionalismo planetario que colme semejante laguna, mediante la creación, no tanto de instituciones de gobierno, que está bien que sigan confiadas sobre todo a los Estados, sino de funciones e instituciones globales de garantía de los derechos humanos”. Y “[u]na Unión Europea que se respetase a sí misma podría hacer mucho más”, pues “[l]a Unión Europea debería haberse hecho cargo de la crisis desde el principio”. El propio Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión lo prevé: su *art. 168*, tras afirmar que “la Unión garantizará un alto nivel de salud humana”, establece que “los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas” y que “el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas”. El *art. 222*, titulado “Cláusula de solidaridad”, establece que “la Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente y con espíritu de solidaridad cuando un Estado miembro sea víctima de una catástrofe natural” (5).

Desde el punto de vista político, desea Ferrajoli que las “... emergencias globales como la del coronavirus deben afrontarse en la medida de lo posible a escala supranacional, no solo en garantía de la igualdad en derechos de todos los ciudadanos europeos, sino también de su eficacia, que depende en buena parte de la coherencia y homogeneidad de las medidas. Pero sucede que los 27 países miembros van cada uno por su lado, con diferentes estrategias, en

(4) Diario El País, Madrid, 28/03/2020.

(5) Diario El País, Madrid, 27/03/2020.

la demagógica defensa de una insensata soberanía nacional. *El resultado es que bastará que uno de ellos adopte en uso de su 'soberanía' medidas inadecuadas, para generar el riesgo de contagio en los demás.*

### III. Emergencia

El estado de emergencia tiene una larga trayectoria en la República Argentina y su constitucionalidad, a partir del cuestionamiento de normativa de excepción que nos permite recordar que las justificaciones normativas de las emergencias se han fundado en el surgimiento de situaciones urgentes, excepcionales, imprevisibles o que previsibles son inevitables, con trascendencia de hechos naturales o conductas o decisiones humanas que alteran la normalidad con gravedad en lo social, sanitario, económico, financiero o paz social, revelados de manera sorpresiva, sobrevinientes a un cuadro preexistente, por un plazo determinado y no permanente, con la importancia trascendental de los fines a realizar por el Estado.

Esto ha fijado una política estatal de preservación del interés público que hace ceder a los derechos e intereses particulares. En este marco irrumpen DNU regulando la excepción.

La CS ha elaborado doctrina desde el 21/06/1957 en la causa "Juan Domingo Perón s/ bienes mal habidos", fijando pautas y criterios sobre su constitucionalidad, en estos términos: "Se trata, en efecto, de una de las situaciones caracterizadas en la doctrina jurídica como 'de emergencia', y que han justificado siempre y en todos los países una legislación excepcional. Estas situaciones derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios a veces, son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etcétera; a veces de índole económica, como las que han determinado en nuestro país" (y en la generalidad de los países extranjeros) legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución: así las leyes de moratoria hipotecaria y de prórroga de los arrendamientos, declaradas constitucionales tanto en la Corte (CS,

Fallos 136, 161; 172, 21, entre otros) cuanto por la de Estados Unidos (256 US 134; 256 US 170), con fundamentos análogos dada la similitud de los textos de sus leyes fundamentales: "La suprema Corte (dice el ex *chief justice* Hughes) ha reconocido que las asambleas legislativas pueden hacer frente a las situaciones extraordinarias por una acción que ordinariamente podría llevar más allá de su autoridad constitucional. Esta perspectiva no está limitada a las exigencias militares en el teatro de la guerra o a las necesidades extraordinarias provocadas por alguna gran calamidad pública". Situaciones menos graves, pero también extraordinarias y urgentes, pueden justificar disposiciones transitorias. Así, por ejemplo, la Suprema Corte mantuvo la acción del Congreso para la ayuda de los arrendatarios en el distrito de Columbia a causa de la situación que había surgido de la guerra mundial, y al mismo tiempo la Corte sostuvo la validez de la ley 1920 del Estado de Nueva York suspendiendo en determinadas condiciones el derecho de los propietarios a recobrar la posesión de su propiedad (Hughes, Charles Evans, "La Suprema Corte de Estados Unidos", México, 1946, p. 201).

También la emergencia puede provenir, sin duda, de un acontecimiento político, como es la revolución, pues lo que hace que una situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados.

"Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados", dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos ("Wilson vs. New", 243 US 332, 343), cuya doctrina es siempre de interés en nuestro derecho público dados los antecedentes de la Constitución argentina. La emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia. Esta flexibilidad y amplitud en el ejercicio de los poderes es de la esencia de todo gobierno,

obligado constantemente a afrontar situaciones cambiantes y diversas, que requieren con frecuencia disposiciones urgentes y de distinta magnitud.

Es por eso que la Constitución, después de enumerar prolijamente las atribuciones que corresponden al Congreso, alguna de ellas tan general y tan vasta, como la de “[p]roveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” (art. 67, inc. 16) (nota actual art. 75, inc. 18 reforma 1994), dispone expresamente que pertenece también al Congreso la facultad de “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina”. (art. citado, inc. 28) (nota actual art. 75, inc. 32). “Los que redactaron la Constitución (dice Cooley a propósito de la disposición similar, pero más estricta, de la Constitución norteamericana) confirieron al gobierno de su creación poderes soberanos, prescribieron para él una esfera de acción limitada, en efecto, en lo que se relaciona con las personas y las cosas, pero dentro de la cual podría moverse con suprema autoridad, sin trabas de ninguna especie, excepción hecha de las restricciones que expresamente se le imponían, o que estaban implícitamente comprendidas en la existencia continuada de los Estados y en las instituciones libres. Pero no puede existir semejante cosa, como ser un soberano sin la elección de los medios por los cuales ha de ejercitar sus poderes soberanos” (“Principios generales de derecho constitucional”, cap. IV, sección XV).

“La interpretación restrictiva (expresa Stoty) es contraria a la regla admitida generalmente, de que los poderes en una misma Constitución y en particular los concernientes a la administración de los asuntos del país, como sus finanzas, su comercio y su defensa, deben ser interpretados con amplitud, para el adelanto y el bien público. Esta regla no depende de la forma particular de un gobierno o de la diferente demarcación de sus poderes, sino de la naturaleza y del objeto del gobierno mismo. Los medios de satisfacer las necesidades del país, de evitar los peligros, de aumentar la prosperidad nacional,

son tan sumamente variados y complejos que debe dejarse una gran latitud para la elección y el empleo de esos remedios. De aquí resultan la necesidad y la conveniencia de interpretar ampliamente los poderes constitucionales” (Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, párr. 611).

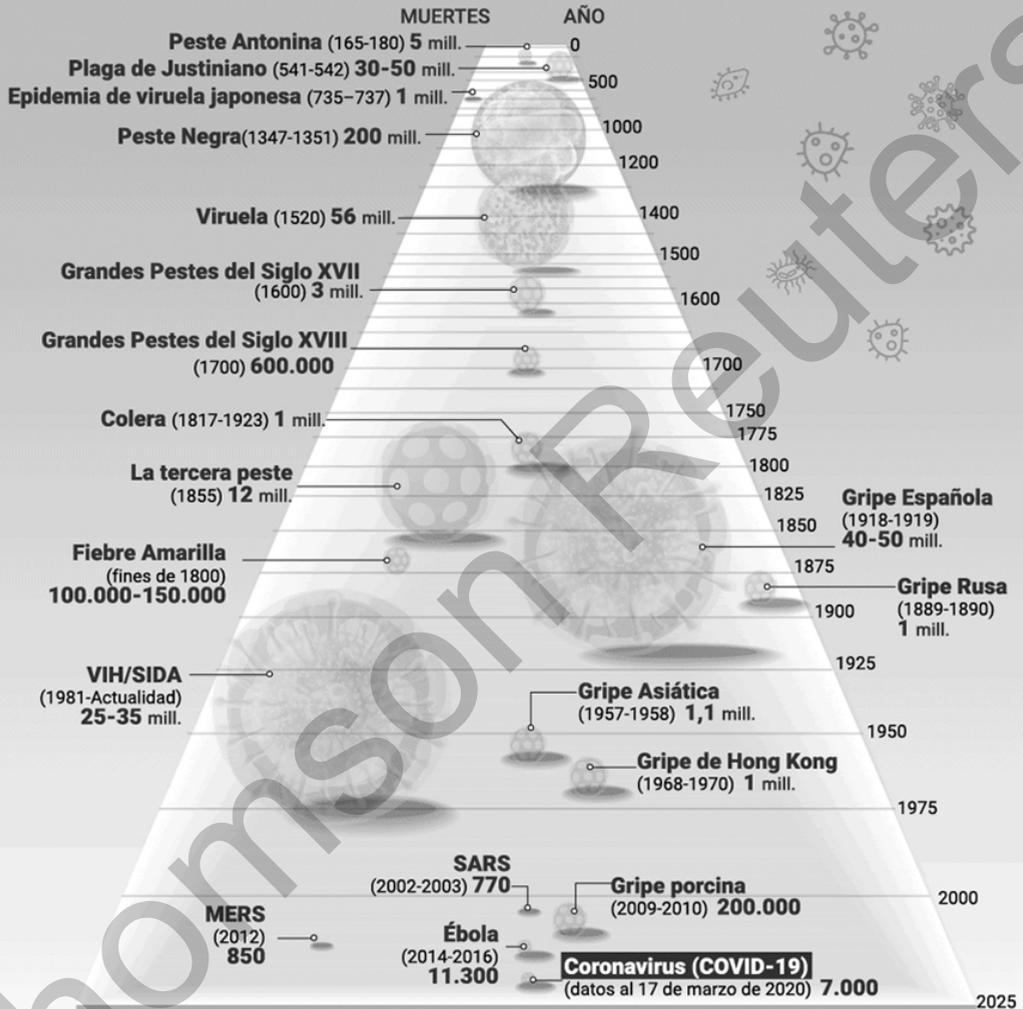
Dentro de nuestro régimen constitucional, por consiguiente, todo gobierno, sin distinción de la “forma particular” que asuma (en el caso, se trate de un gobierno regular o de un gobierno revolucionario), está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situaciones ordinarias como en las de emergencia, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguarda de las instituciones libres. La sola objeción de que se trate de una legislación excepcional (en cuanto crea nuevos tribunales o dispone procedimientos especiales), no es suficiente en épocas de normalidad, mucho menos en una de emergencia, para desestimar tal legislación como contraria a la Constitución. La elección de los medios “convenientes” corresponde a quien tiene el ejercicio de los poderes constitucionales y, con el límite antes señalado, no puede ser objeto de revisión por los jueces.

Pues bien, las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los criterios del orden constitucional democrático-republicano y, en consecuencia, aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que tenga mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso no deba participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además, debe asegurarse la posibilidad de la revisión judicial para salvaguardar la supremacía constitucional.

#### IV. Historia de las pandemias

El historial de las pandemias es intenso y de cada una se transformaron las sociedades, las naciones y las relaciones internacionales al extremo de modificar los paradigmas y hegemonías sociales y de poderes. Aquí se transcribe una concreta pirámide de esa historia hasta nuestros días.

# HISTORIA DE LAS PANDEMIAS



Fuente: Organización Mundial de la Salud y Enciclopedia Británica

infobae

La cuarentena por la pandemia del coronavirus se transformó en la más importante que tuvo nuestro país en su historia, y marcará un antes y un después en el devenir sanitario.

Durante el siglo XIX, hubo epidemias de cólera; la de 1867 se llevó la vida, por ejemplo, del entonces vicepresidente Marcos Paz (en ejercicio de la presidencia), que fue uno de los 1653 muertos que

tuvo la ciudad. Esta epidemia estuvo enmarcada dentro de una pandemia mundial. Las autoridades coordinaron el armado de comisiones parroquiales para atender los casos, que se debían internar en casas asignadas para ello. La epidemia se propagó al interior del país y, aun así, solo se establecieron cuarentenas para los barcos que arribaban.

El 27 de enero de 1871 comenzó en San Telmo la epidemia de fiebre amarilla. Se impuso que los únicos que debían cumplir aislamiento eran los inmigrantes, que se los alojaba en la isla Martín García.

En 1956 la otra gran epidemia fue la de poliomielitis, resultando la cuarentena algo lejano y el propio gobierno, en un primer momento, resistió reconocer su existencia pese a las cifras de enfermos. Ante el déficit del sistema de salud por falta de pulmotores, lugares de internación, etc., se aplicaba Gammaglobulina y la vacuna llegó en 1957.

### V. El modelo constitucional y sus riesgos de origen en el siglo XX

Mucho se ha analizado en cuanto a las bondades del modelo constitucional y sus garantías y derechos, pero considero elocuente la conferencia que dictó el profesor Piero Calamandrei el 26 de enero de 1955 (6) en Milán sobre el origen y espíritu de la constitución italiana de 1947 en el Salón de la Sociedad Humanitaria invitado por alumnos de derecho en un ciclo de siete conferencias.

Considero apropiadas sus palabras para preguntarnos: ¿debemos justificar las limitaciones de libertades en defensa de la estructura del estado y la seguridad sanitaria y económica? ¿Qué significa la constitución? ¿Qué es? ¿Cuál es su origen?

Calamandrei dicta su conferencia inaugural a siete años de la nueva constitución italiana y con el sentimiento intacto de los últimos veinticinco años de fascismo.

Recordemos que la Constitución de la República Italiana es del 21 de diciembre de 1947. En lo troncal introduce institutos que hoy se en-

cuentran en nuestras constituciones iberoamericanas y en especial de la Nación Argentina, sus provincias y CABA.

Calamandrei sostuvo: “el art. 3º de la Constitución ... en nuestra constitución es el artículo importante, empeñoso para los jóvenes (...) El compromiso de la República es remover los obstáculos del orden económico y social que limitando de facto la libertad y la igualdad de los ciudadanos impide el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores a la organizaciones económicas y políticas del país (...) Debe dar trabajo a todos, justa retribución a todos, dar la escuela a todos, darle a todos dignidad de hombre. Cuando esto exista se podrá decir que la República de Italia será real porque si esto no es cierto para el hombre de trabajar, de estudiar y de tener seguridad en el propio trabajo no solo la República no se podrá llamar república ni democrática pues será democracia formal y no de verdad.

“(...) nuestra Constitución es en parte una realidad, pero en parte un programa, un ideal, una esperanza, un empeño un trabajo a realizar. Esto es justamente una polémica contra el pasado reciente contra el régimen caído. La polémica de la República tenía una libertad desconocida y contra la sociedad presente pues por el art. 3º la República debe remover los obstáculos que impiden el desarrollo pleno de la libertad humana y dignidad y esto una polémica sobre la realidad que impide ese desarrollo. No es una Constitución inmóvil, es que abre el futuro lo que vendrá, es una Constitución renovadora, progresiva. Es un empeño para transformar esta situación presente. No es una máquina la Constitución. Es un pedazo de carta, pero para que mueva se debe dar diariamente un combustible, debe darse un empeño, el espíritu, la voluntad de mantener esta promesa, la propia responsabilidad y el daño es el indiferentismo de la política. La política es una grande cosa. Muchos dicen que me importa de la política y me viene en mente una vieja historia de dos migrantes que atravesaban el atlántico en un barco. Uno dormía en la estiva y el otro veía en la proa la borrasca y las grandes olas. Le pregunta a un marinero: ‘¿Estamos en peligro?’. Y el marinero le dice: ‘Si continúa este mar, en media hora estamos quebrados e iremos al fondo del

(6) [https://youtu.be/2j9i\\_0yvt4w](https://youtu.be/2j9i_0yvt4w).

mar'. El campesino despierta al compañero y le dice: '¡Atenti! Que estamos en peligro y si continua esta marea en media hora estaremos en el fondo'; y el otro le responde: '¿Qué me importa? No es mi problema'. Este es el indiferentismo a la política. La libertad no se vive con la indiferencia de la política.

"La libertad es como el aire, se aprecia cuánto vale cuando comienza a faltar, cuando se siente el sentimiento de asfixia y que la juventud mía sintió durante 20 años. Y que esta juventud no debe volver a sentir. Recordando cada día que sobre la libertad es una diaria vigilancia. La Constitución es una afirmación escrita solemne de la solidaridad de la sociedad humana, de la suerte común que si se va a fondo se va a fondo para todos (...) es la carta de la propia libertad, de la propia dignidad. En 1946 se votó luego de 25 años de fascismo y se sentía la sensación de haber recuperado la propia dignidad (...) de la patria, de la tierra, de la suerte de nuestro país. A la Constitución la juventud debe dar el espíritu, vuestra cosa propia, darle el sentimiento cívico, la conciencia cívica, ¡el mundo no es solo! ¡Que seamos más de un todo! Con el límite del mundo.

"En esta Constitución está toda nuestra historia, nuestro pasado, nuestro dolor, nuestra gloria, las voces lejanas en el art. 2º tiene el deber inderogable de solidaridad política económica y sociales.

"En el art. 11 la Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos (esta es la voz de Máxim). En el art. 8º están todas las confesiones religiosas serán igualmente libres frente a la ley (la voz de Cavour). Art 5º la República, única e indivisible, reconoce y promoverá las autonomías locales (voz de Cattaneo). Art. 52 El ordenamiento de las fuerzas armadas se inspirará en el espíritu democrático de la Republica, (es la voz de Garibaldi). Art. 27 la República no acepta, se prohíbe la pena de muerte (es la voz de Beccaria).

"Grandes voces lejanas, voces presentes lejanas, cuanta sangre, cuanto dolor para llegar a esta Constitución. Muchos jóvenes muertos combatiendo, torturados, muertos de hambre, en Rusia, en África en las calles de Milán, en las

calles de Firenze, porque la Libertad es la Justicia (...).

"¡Esta Constitución no es una carta muerta! ¡Es un testamento de cientos de miles muertos! Vean dónde murió un italiano para rescatar la libertad y vayan con el pensamiento de que allí ha nacido nuestra Constitución".

Ciertamente, la claridad del jurista Calamandrei honra la historia y memoria del pueblo italiano, honra el concepto de libertad pues la constitución es dolor, muerte, gloria, es un *testamento de ciento de miles de muertos torturados, frustrados, que lucharon por la libertad.*

¿El desafío material frente a la pandemia se sopesa con estos principios? El general José de San Martín pronunció la proclama del 19/07/1819 donde advertía sobre la inminente llegada de una expedición española y arengaba a pelar por la libertad (7).

"Compañeros del ejército de los Andes. Ya no queda duda de que una fuerte expedición española viene a atacarnos, sin duda alguna los gallegos creen que estamos cansados de pelar y que nuestros sables y bayonetas ya no cortan ni ensartan, vamos a desengañarlos. La guerra se la tenemos que hacer del modo que podamos. Si no tenemos dinero, carne y un pedazo de tabaco no nos han de faltar; cuando se acaben los vestuarios, nos vestiremos con las bayetitas que nos trabajan nuestras mujeres y si no, andaremos en pelota como nuestros paisanos los indios. Seamos libres y lo demás no importa. La muerte es mejor que ser esclavos de los maturrangos. Compañeros, juremos no dejar las armas de la mano hasta ver el país enteramente libre, o morir con ellas como hombres de coraje".

**VI. El coronavirus y la tendencia autoritaria. Concentración de poder. Intervención estatal. Vigilancia y ciberpatrullaje. Contratos de alquileres. Riesgos de violencias institucionales**

El Senado Argentino ratificó el DNU 457/2020 por 42 votos a 0, que *otorga competencia al jefe*

(7) CAPDEVILLA, Arturo, "El pensamiento vivo de San Martín", Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, ps. 34-35 en PIGNA, Felipe, "Los mitos de la historia argentina 2", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2005, p. 42.

de Gabinete para reasignar partidas del presupuesto sin límites durante este año 2020, para afrontar los gastos que demande el combate a la pandemia del coronavirus que además remueve otras partidas y destina a gastos sanitarios los fondos reservados de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI). Desde el año 2006 el jefe de Gabinete fue habilitado a reasignar partidas sin ayuda del Congreso y se hizo una costumbre. Fue aprobado en el senado por 42 a 0, igual que el DNU 488/2020 que congeló los valores del combustible evidenciando una intervención estatal directa en la economía con el fundamento de que “[e]l libre mercado no puede dar respuestas y allí va el rol ordenador del Estado”. Otros decretos aprobados fueron el que prorrogó hasta el 31 de mayo de 2020 la obligación a las empresas de telefonía móvil o Internet de mantener un servicio reducido para usuarios del sistema prepago aunque no hayan realizado la recarga; la nueva prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, la intervención de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI) y la reestructuración de títulos públicos bajo ley extranjera.

El PEN anunció de forma oficial el nuevo protocolo de “ciberpatrullaje preventivo” por la res. 144/2020 del Ministerio de Seguridad, publicada el 31 de mayo en el Boletín Oficial creando nuevas reglas del ciberpatrullaje por el cual las divisiones dedicadas a delitos digitales tienen personal que se dedica a observar y registrar contenido online de fuentes abiertas, contenido que cualquiera con una computadora puede ver, sin necesidad de forzar una entrada o requerir informes a Google, Facebook u otro gigante de las redes sociales mediante oficios. Al menos tres fuerzas tienen estos sectores surgiendo a partir del caso del robo de más de 7 gigas de datos sensibles a los servidores de la Policía Federal, que incluyeron la información personal de efectivos de áreas como Drogas Peligrosas con varias escuchas telefónicas e incluyó una actuación de estas divisiones. Los actos investigativos deberán limitarse a sitios de acceso público, haciendo especial hincapié en redes sociales de cualquier índole, fuentes, bases de datos públicas y abiertas, páginas de internet, *darkweb* y demás sitios de relevancia de acceso público. *En ningún momento se permitirán ac-*

*ciones que vulneren o entorpezcan el derecho a la intimidad,* decía la resolución. El ciberpatrullaje, hasta hoy, siempre ocurrió, al menos en teoría, enmarcado en una causa judicial, bajo las órdenes y la firma de un juez.

La pandemia cambió este orden de cosas. Se detuvo a un joven en la provincia de Buenos Aires que tuiteó en chiste *sobre salir a saquear*, pues el Ministerio de Seguridad quedó en el centro de la polémica al informar en una teleconferencia con Diputados que las fuerzas federales realizaban tareas de ciberpatrullaje en redes sociales para “detectar el humor social”. Días después, se reconoció que la expresión “humor social” fue poco feliz y dio lugar a confusiones. “La res. 144/2020 del Ministerio, publicada el 31 de mayo en el Boletín Oficial, derogó la norma creada por la vieja Secretaría de Seguridad para crear las nuevas reglas del *ciberpatrullaje*”.

La nueva norma apunta que “puede concluirse que resulta necesaria la aprobación de un ‘protocolo general para la prevención policial del delito con uso de fuentes digitales abiertas’, que establezca principios, criterios y directrices generales para las tareas de prevención del delito que desarrollan en el espacio cibernético los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad dependientes del Ministerio de Seguridad”. Su espíritu, dice el texto, es “prevenir el delito”; sin embargo el Estado, en un afán de prevenir el delito, podría recolectar información particular sobre ciudadanos con una cobertura legal para usarlo para fines espurios. La falta de un juez *a priori*, por otra parte, trata de explicarse en cuanto a “[q]ue las tareas que realizan los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad en cumplimiento de su función preventora del delito no requieren autorización judicial, porque ello es parte de su tarea específica como cuerpos policiales”. La definición de delitos en los cuales se aplicaría el protocolo no solo es muy laxa sino que a su vez con la incorporación de los temas vinculados con la cuestión de la cuarentena, las cuestiones de salud, se prestan a hacer algún tipo de monitoreo sobre el descontento social, el humor social, La falta de un juez *a priori* también es preocupante, se está habilitando a las fuerzas federales a hacer algún tipo de investigación sin el debido control jurisdiccional, sin que esté enmarcado en la investigación concre-

ta de un delito y sin que esté controlado por el Poder Judicial.

Esta normativa prevé un tipo de vigilancia generalizada que en la práctica permite a las fuerzas de seguridad realizar actividades de investigación preliminar o prevención de delitos en lugar de restringirlas a casos en los que existe un marco judicial aplicable a una investigación concreta. Los principios, criterios y directrices deben ser establecidos con el mayor grado de precisión posible, de modo a evitar que estos queden supeditados a discrecionalidad de funcionarios públicos o miembros de fuerzas de seguridad (8).

*El Congreso (9) sancionará una nueva ley de alquileres interviniendo el mercado.* Estas reformas al Código Civil y Comercial se producen sobre todo en los puntos referidos a la extensión de los contratos y a la nueva forma de calcular los aumentos. El proyecto plantea que los aumentos dejarán de ser semestrales y pasarán a ser anuales. Actualmente, ese porcentaje de actualización se establece convencionalmente, según las expectativas de inflación del mercado. Con los cambios pasaría a basarse en un indicador objetivo que publicará el Banco Central. Ese indicador estará conformado en partes iguales por el índice de precios al consumidor (IPC), que releva el Indec, y la variación salarial (Ripite), que elabora Anses. “El contrato ya no va a decir cuánto vas a pagar cada semestre, porque eso se va a ir calculando a medida que pasan 12 meses”, donde existen más de 400 mil contratos de alquiler.

*Los estados de excepción* pueden generar o proliferar estructuras autoritarias con *violencias institucionales* desde y dentro de las estructuras del estado o sociales, con abusos por parte de las fuerzas de seguridad, como los casos de los crímenes y violencias policiales ocurridos en Chaco, Tucumán y San Luis. El crimen de Luis Espinoza, un peón rural de 31 años que murió el 15 de mayo de 2020 de un disparo en la espalda a manos de la policía de Tucumán, o el brutal ataque de la policía de Chaco a una familia qom, que quedó registrado en video. Cuatro jóvenes

de esa comunidad denunciaron que luego fueron torturados y abusados en una comisaría. A ello se sumó en pocas horas la aparición sin vida de Florencia Magalí Morales y Franco Maranguello en comisarías de la provincia de San Luis. ¿Hechos aislados? (10).

Para defender el sistema democrático y los DDHH dentro del Estado de derecho, son centrales las alertas institucionales tempranas tales como las de la Universidad Nacional de Misiones, que a través de su Consejo Superior declaró el 4 de junio de 2020: “El asesinato por la espalda del trabajador rural Luis Espinoza en Tucumán y el ataque sufrido por una familia qom constituyen prácticas violentas de las fuerzas de seguridad de carácter clasista”, y “[l]a Universidad Nacional de Misiones repudia y llama la atención públicamente sobre los hechos criminales perpetrados recientemente por fuerzas policiales en las provincias de Tucumán y el Chaco. El asesinato por la espalda del trabajador rural Luis Espinoza en Tucumán y el ataque sufrido por una familia qom constituyen prácticas violentas de las fuerzas de seguridad de carácter clasista, racista y de género que reflejan un profundo desprecio por la dignidad humana y resultan absolutamente inadmisibles. *Llamamos a la comunidad universitaria y a la sociedad argentina a reforzar su compromiso con la defensa de los DD. HH., la promoción de los valores democráticos, y el rechazo a toda forma de violencia estatal* contra los diversos sectores vulnerables de la Población. Los hechos mencionados nos convocan a estar alertas y solidarios con las víctimas del accionar de fuerzas de seguridad que exceden en su accionar los marcos del orden legítimo. Exigimos el inmediato esclarecimiento de los hechos denunciados y el juicio y castigo que corresponde a los culpables para que *nunca más las fuerzas de seguridad comenten violaciones a los DD. HH.*” Esto es labor del derecho y los juristas (abogados).

*Todos los datos personales, aun los más privados, están en manos del Estado, que vigila todos nuestros pasos con la última tecnología; la prensa bajo un escrutinio permanente; una ciudadanía que denuncia con entusiasmo a quienes infringen las leyes: los gobiernos nunca tuvieron tanta facilidad para acumular poder, aplicar*

(8) Infobae 04/06/2020.

(9) Infobae 04/06/2020.

(10) P. 12, 04/06/2020.

*el control social y restringir nuestras libertades.* Lo aceptamos para detener la pandemia. ¿Pero qué sucede con aquellos autócratas o autoritarios que nunca dudan en afectar los derechos civiles? ¿Qué pasará cuando todo esto se acabe? “No debemos olvidarnos de que antes del COVID-19 en varios países del mundo el uso de tecnología para vigilar a las personas presentaba un problema que afectaba gravemente los derechos individuales” (Santiago Cantón, ex secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH). Cantón sostiene que “si bien el uso en las circunstancias actuales de esos poderes puede ser legítimo, considerando la situación excepcional que estamos viviendo, indudablemente la tentación de que se sigan usando para fines ilegítimos una vez finalizada la pandemia nos debe preocupar a todos”. El coronavirus ya contagió a más de un millón de personas en el mundo. El mundo parece darle la razón (Farrell, Santiago A. editor de Internacionales, *El Observador e Ideas de Diario Perfil*) (Fuente [www.perfil.com](http://www.perfil.com)).

En Hungría, el primer ministro Viktor Orban está gobernando con decretos, ignorando al Parlamento, pues asumió el poder de extender cuando quiera el estado de emergencia, durante el cual, p. ej., no se puede convocar a elecciones y sanciona una ley que prevé hasta cinco años de cárcel para quien difunda noticias que “entorpezcan la respuesta” a la pandemia. Ello puede alcanzar, la libertad de prensa y expresión y a periodistas que divulguen las cifras verdaderas de casos. Benjamín Netanyahu cerró los tribunales israelíes cuando estaba por comenzar el juicio por corrupción en su contra. En Chile, Sebastián Piñera volvió a aplicar el toque de queda, pero sin las violentas protestas de hace apenas unos meses. Jair Bolsonaro atacó a la prensa, a la que acusa de “complot” para exagerar la gravedad de la pandemia. Corea del Sur e Israel aplican el *big data* y hasta información de contraterrorismo para rastrear posibles infectados. Singapur publicó en la web datos médicos muy detallados de los ciudadanos “sospechosos” de COVID-19 violentando toda protección de datos sensibles o no.

El exsecretario ejecutivo de la CIDH destacó: “Cuando todo esto termine, muchos gobiernos no van a querer ceder ese poder fácilmente. En el mundo pos pandémico, vamos a presenciar

un grave retroceso en el goce de los derechos sociales, por la profundidad de la crisis económica y, en los derechos políticos, por el aumento del poder estatal para controlar la ciudadanía” (Cantón). Ya ocurrió con la “Ley Patriótica” que el Congreso norteamericano aprobó tras los atentados del 11-S de 2001, que permitió al gobierno de George W. Bush, entre otras cosas, montar un gigantesco sistema de espionaje interno, y *que solo fue modificada en 2015 para asegurar que no violara derechos consagrados por la Constitución.*

Con el tiempo, los decretos de emergencia impregnan las estructuras legales y se normalizan (Douglas Rutzen, presidente de un *think tank* jurídico de Washington). “Es realmente fácil construir poderes de emergencia. Lo difícil es ponerles fin”. “En este tiempo de crisis, enfrentamos dos opciones particularmente importantes. La primera es elegir entre la vigilancia totalitaria y el empoderamiento ciudadano. La segunda es entre el aislamiento nacionalista y la solidaridad global” (Yuval Harari).

“El retroceso de la democracia liberal en muchos países se viene dando consistentemente en la última década, y el efecto coronavirus solo lo está acelerando. El miedo actúa como una de las principales fuerzas legitimadoras del autoritarismo y puede provocar la concentración del poder político. Tal como se está viendo en Hungría, Turquía, o Israel” (Salvatto, Augusto, politólogo).

“En América Latina, donde la democracia está menos arraigada, la tentación autoritaria es mayor, y los mecanismos de control, tanto sociales como institucionales, menores. Esto tiene que ver con que el autoritarismo político descansa en un autoritarismo social latente, que pone en riesgo las bases mismas de la democracia” (Salvatto, Augusto) y probablemente en los próximos años veamos un debilitamiento de la democracia liberal en la región, y el surgimiento de liderazgos fuertes ante una situación económica y social muy compleja, agravada por la pandemia.

“Casi todos los países de la región han reaccionado a la pandemia con un estado de excepción o emergencia, algunos con decretos muy amplios y vagos, donde se establecen restric-

ciones a varias libertades, y otros con algunos más puntuales”. “Hay muchas libertades que están siendo afectadas, en muchos casos no de mala fe, pero siempre hay que recordar que ‘a río revuelto, ganancia de pescadores’” (Lanza, Edison, relator especial para la libertad de expresión de la CIDH).

Brasil dictó una medida provisoria, que suspende los pedidos de acceso a la información pública, o el caso de Venezuela, donde el gobierno de Nicolás Maduro detuvo arbitrariamente a un periodista y a un médico por criticar la respuesta oficial al COVID-19, y luego los procesó en base a una “Ley Contra el Odio” preexistente, que entre otras cosas sanciona la “incitación al pánico” por Internet. El Salvador ha suspendido la posibilidad de que los periodistas pregunten cuando se brindan los datos sobre el virus. “Solo se leen boletines oficiales” (Farrell, Santiago A., editor de Internacionales, *El Observador e Ideas de Diario Perfil*) (fuente: [www.perfil.com](http://www.perfil.com)).

## VII. Percepción pública ciudadana y realidad

Los estudios de campos nos aportan que “[l]a segunda estrategia, acorde a nuestros tiempos, (...) supone el paso de técnicas disciplinarias y de control arquitectónico modernas a técnicas de biovigilancia innovadoras: aquí el énfasis está puesto en la detección individual del virus a través de la multiplicación de los test y de la vigilancia digital constante y estricta de los enfermos a través de sus dispositivos informáticos móviles. Los teléfonos móviles y las tarjetas de crédito se convierten aquí en instrumentos de vigilancia que permiten trazar los movimientos del cuerpo individual. No necesitamos brazaletes biométricos: el móvil se ha convertido en el mejor sensor (...) Una aplicación de GPS informa a la policía de los movimientos de cualquier cuerpo sospechoso. La temperatura y el movimiento de un cuerpo individual son monitoreados a través de las tecnologías móviles y atendidos en tiempo real por el ojo digital de un estado ciber autoritario para el que la comunidad es una colectividad de ciber usuarios y de soberanía digital”.

Pero estas políticas de inmunización política no son nuevas. La pandemia ha legitimado

y extendido esas prácticas estatales de biovigilancia y control digital normalizándolas y haciéndolas “necesarias” para mantener una cierta idea de la inmunidad. Sin embargo, los mismos estados que implementan medidas de vigilancia digital extrema no se plantean todavía, p. ej., prohibir el tráfico y el consumo de animales salvajes. Sin lugar a duda la intervención tan profunda de estos dispositivos dibujará los contornos de una nueva subjetividad que quizá abrace la idea de una nueva utopía de la comunidad inmune y una nueva forma de control del cuerpo. Tal vez las voces del feminismo contemporáneo denuncien la emergencia del techno patriarcado vigente.

Lo cierto es que el coronavirus puso en evidencia un sujeto que no tiene piel y por lo tanto es intocable. No tiene manos para acariciar. No intercambia bienes físicos ni toca monedas; paga con tarjeta de crédito. No tiene labios y por lo tanto no tiene lengua. No habla en directo, deja un mensaje de voz. No se reúne ni se agrupa. Es fervorosamente individuo. No se le ve la cara. Su rostro se tapa para poder existir, tras una serie indefinida de prótesis cibernéticas que le sirven de máscara. Mientras se abren otras fisonomías a partir de la dirección de correo electrónico, de la cuenta de Facebook, de Instagram, etc. Se trata de un consumidor digital, un teleproductor. Se ha convertido en un código, un píxel o un CBU de veintidós dígitos, una puerta a la que Amazon puede enviar sus pedidos. Esta mutación se ha extendido y amplificado en la gestión del nuevo virus: nuestras máquinas de telecomunicación son nuestros nuevos guardianes y nuestros interiores domésticos se han convertido en la prisión ultra conectada del futuro. A la luz de los acontecimientos, cabe la pregunta: ¿se trata solamente de dispositivos de comunicación? Todo esto, como tantas veces ha pasado, puede ser una mala noticia o una gran oportunidad. La historia del hombre es siempre una historia de emancipación y resistencia. Tal vez ahora se trate de una emancipación cognitiva. Contrariamente a lo que se podría imaginar, nuestra salud no vendrá de un simple gesto inmunológico negativo de retirada o de cierre social. La curación y el cuidado solo pueden surgir de un proceso de transformación política profundo y

de cooperación planetaria (11). *El temor difundido* a la sociedad es un eficaz controlador social y político ya que las encuestas al respecto en Argentina con 2500 casos encuestados indican: “25.2% mucho temor, 51.9% algo de temor, 22.2% nada de temor, 0.8% no sabe no contesta. Esto indica que el 77.1.% tiene sentimientos de temor”.

“Mucho temor’ al coronavirus registra hoy 25%, cuando anotaba 43% al principio de la crisis. Sigue siendo 2% la cantidad de encuestados que indica tener algún caso positivo dentro de su ámbito familiar o de amigos, con lo cual el problema real no ha trascendido aún la frontera de la pantalla televisiva (...) Es lógico entonces que caiga el nivel de consenso social respecto de extender nuevamente la cuarentena. A favor se muestra hoy el 47% de los encuestados, que no es poco, pero eran 85% al inicio” (12).

*El análisis ciudadano hacia el futuro nos indica: “Después, qué importa del después.* Frente al mundo bipolar que se configura, la mayor parte de los argentinos (45%) no quiere alinear al país con ninguna de las potencias, mientras que 29% lo haría con Estados Unidos, el 25% lo haría con China. Desde luego que el contenido ideológico aparece muy claro cuando lo analizamos por pertenencias ideológicas. Pero la pregunta que sobrevuela es quién puede construir este tipo de decisiones estratégicas, siendo que el 40% de los argentinos posee *nada* de confianza en su dirigencia en general, y otro 27% tiene apenas *algo*. El 33% que tiene *mucha* confianza en la dirigencia es principalmente el público votante de la alianza gobernante, que deberá seguir gobernando por los próximos tres años y medio con 15% o 20% más de pobres. No sabemos cómo ni para qué lado es. No sabemos con quién es” (13).

(11) Encuesta de Opinión Pública en Argentina Informe Mensual, por Lic. Luis Alberto Mamone, director de Giacobbe & Asociados. Psicólogo. 2500 muestras de consultas desde el 16/05/2020 al 29/05/2020.

(12) Encuesta de Opinión Pública en Argentina del 16/05/2020 al 29/05/2020 Informe Mensual Privado por Lic. Jorge Daniel Giacobbe, director de Giacobbe & Asociados.

(13) Encuesta de Opinión Pública en Argentina del 16/05/20 al 29/05/20 Informe Mensual Privado por Lic.

## VIII. Banco Mundial y CEPAL (Estado de bienestar)

El presidente del Grupo del Banco Mundial, David Malpass, subrayó la importancia de expandir las redes de seguridad de efectivo para los pobres para ayudar a limitar el daño y construir una recuperación más fuerte: “El financiamiento y la construcción de infraestructura productiva se encuentran entre los desafíos de desarrollo más difíciles de resolver en la recuperación pospandémica. Necesitamos ver medidas para acelerar los litigios y la resolución de quiebras y reformar los costosos subsidios, monopolios y empresas estatales protegidas que han frenado el desarrollo”.

“Las medidas de respuesta a corto plazo para abordar la emergencia de salud y asegurar los servicios públicos centrales deberán ir acompañadas de políticas integrales para impulsar el crecimiento a largo plazo, incluso mejorando la gobernanza y los entornos empresariales, y expandiendo y mejorando los resultados de la inversión en educación y salud pública”, señalaron. Más del 25% de los nuevos indigentes serán de América Latina.

Por su parte, la Cepal indicó que la economía latinoamericana caerá un 5,3% y solo en la región, la crisis generará 11,6 millones de nuevos desempleados y 28,7 millones de nuevos pobres. De ellos, 15,9 millones de personas se sumarán a la pobreza extrema en 2020. Es decir, que uno de cada cuatro de los nuevos 60 millones de indigentes que deja la pandemia será en América Latina. En consecuencia, la región podría terminar el año con un total de 214,7 millones de personas (el 34,7% de la población de la región) debajo de la línea de pobreza, incluso usando criterios metodológicos bastante menos exigentes para su contabilización que los que usa el Indec (las estadísticas nacionales hablaban de 35,5% de pobres en Argentina contra 26,7% del criterio de la Cepal).

Jorge Daniel Giacobbe, director de Giacobbe & Asociados.

*VIII.1. Informe CEPAL COVID-19, del 12/05/2020 (14)*

“Entre estas personas, la pobreza extrema aumentaría 2,6 puntos porcentuales (15,9 millones de personas adicionales) y llegaría a afectar a un total de 83,4 millones de personas”, aclaró la Cepal en un trabajo en el que no descarta que la indigencia en Argentina salte este año un 66%.

La pobreza, la pobreza extrema y la desigualdad aumentarán en todos los países de la región.

La pandemia del COVID-19 tiene fuertes efectos en el ámbito de la salud y profundas implicaciones sobre el crecimiento económico y el desarrollo social. Llega a América Latina y el Caribe en un contexto de bajo crecimiento (como fue analizado en anteriores informes especiales sobre la materia) (CEPAL, 2020a y 2020b) y, sobre todo, de alta desigualdad y vulnerabilidad, en el que se observan tendencias crecientes en

(14) CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2020a), “América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19: efectos económicos y sociales”, Informe Especial COVID-19, 1, 3 de abril (en línea). [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45337/4/S2000264\\_es.pdf\\_](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45337/4/S2000264_es.pdf_) (2020b), “Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación”, abril (en línea) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45445-dimensionar-efectos-Covid-19-pensar-la-reactivacion>. DURÁN VALVERDE, F. y otros, “Measuring financing gaps in social protection for achieving SDGtarget 1.3: global estimates and strategies for developing countries”, EES Working Paper, 73, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo (OIT). Folha de S. Paulo (2020), “Metade da população poderá ter de receber auxílio, diz estudo” (en línea) <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/metade-da-populacao-podera-ter-de-receber-auxilio-diz-estudo.shtml>. Ministerio de Salud (2020), Boletim Epidemiológico Especial COE-COVID-19, 14, Brasília, 26 de abril. OIT (Organización Internacional del Trabajo) (2018), Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico, tercera edición, Ginebra UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (2020), “Interrupción educativa y respuesta al COVID-19” [en línea] <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>. UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) (2020), “La pandemia de COVID-19 podría devastar la vida de las poblaciones de refugiados, migrantes y desplazados internos si no se toman medidas internacionales urgentes”, 1º de abril [en línea] <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/COVID-19-podria-devastar-vida-de-refugiados-migrantes-desplazados>.

la pobreza y pobreza extrema, un debilitamiento de la cohesión social y manifestaciones de descontento popular.

Las medidas de cuarentena y distanciamiento físico, necesarias para frenar la propagación acelerada del coronavirus y salvar vidas, generan pérdidas de empleo (en 2020 habría 11,6 millones de desocupados más que en 2019) (...) En la región, los mercados laborales suelen ser precarios : existe una alta proporción de empleos informales [un 53,1% en 2016, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2018)]. En 2018 solo el 47,4% de los ocupados aportaba al sistema de pensiones y más de 20% de los ocupados vivía en la pobreza. Las mujeres, las jóvenes, los indígenas, los afrodescendientes y los migrantes están sobre representados entre los trabajadores informales.

De esa información se desprenden cuatro conclusiones:

I) En todos los escenarios, la pobreza y la pobreza extrema aumentarían en todos los países.

II) En el escenario alto, los mayores aumentos de la pobreza extrema se darían en México, Nicaragua y el Ecuador.

III) También en el escenario alto, la pobreza en general aumentaría especialmente en la Argentina, México, el Ecuador y el Brasil.

IV) Resalta la particular vulnerabilidad de las tres mayores economías de la región.

Para enfrentar los impactos socioeconómicos de la crisis, la CEPAL propone que los gobiernos garanticen transferencias monetarias temporales para satisfacer necesidades básicas y sostener el consumo de los hogares, lo que será crucial para lograr una reactivación sólida y relativamente rápida.

Desde una perspectiva de largo plazo, la CEPAL reitera que el alcance de esas transferencias debe ser permanente, ir más allá de las personas en situación de pobreza y llegar a amplios estratos de la población muy vulnerables a caer en ella, como los estratos de ingresos bajos no pobres y los medios bajos. (...) Para estimar el costo de estas transferencias monetarias en una perspectiva de corto plazo, se considera

que su duración mínima debería ser de tres meses, aunque seis meses o un año darían una mejor protección a la población. Las transferencias serían para cada persona y por un equivalente a una línea de pobreza extrema (LPE), que representa el costo per cápita de adquirir una canasta básica de alimentos, o a una línea de pobreza (LP), que permite cubrir también otras necesidades básicas. La estimación no considera los costos de gestionar las transferencias que, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), serían del orden del 5% del monto de las transferencias (Durán-Valverde y otros, 2019) El desafío es fortalecer el Estado de bienestar para evitar otra década perdida.

Desde 2014, antes de la pandemia, la región vivía un proceso de deterioro de la situación social en términos de pobreza y pobreza extrema, y un menor ritmo de reducción de la desigualdad. Ante las grandes brechas históricas que la pandemia ha agravado, la CEPAL reitera que es el momento de implementar políticas universales, redistributivas y solidarias con enfoque de derechos, para no dejar a nadie atrás.

Las respuestas en materia de protección social deben articular las medidas de corto plazo, necesarias para atender las manifestaciones más agudas de la emergencia, con otras de mediano y largo plazo, orientadas a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas mediante el fortalecimiento del Estado de bienestar y la provisión universal de protección social. Esto requiere una implementación gradual y la búsqueda de mecanismos de financiamiento sostenibles.

En el corto plazo la protección social, al asegurar los ingresos y el consumo en los hogares, contrarresta la pérdida de fuentes de ingresos laborales y sostiene la demanda, al tiempo que facilita el acceso a la salud. Las acciones clave son el establecimiento de una garantía universal de ingresos, especialmente para los trabajadores informales y precarios, así como el acceso universal a las pruebas y a la atención médica a todos quienes lo necesiten, a los servicios básicos y a la vivienda, a la alimentación adecuada y a la educación en el caso de niños, niñas, adolescentes y personas jóvenes.

En el mediano y largo plazo, la protección social es una política central para la reducción de las desigualdades, el avance hacia la inclusión social y el crecimiento inclusivo, y, por ende, para la cohesión social. Será crucial consolidar sistemas de protección social universales, que incluyan la salud universal, basados en un enfoque de derechos y sensibles a las diferencias, y desarrollar estrategias de inclusión laboral en el período de la recuperación. Estos sistemas permiten identificar y responder a los impactos de la crisis en el empleo y las condiciones de vida de las personas, y atender la situación diferenciada que enfrentan diversas poblaciones, con atención oportuna a los trabajadores informales, a los grupos etarios más vulnerables, a los habitantes de áreas rurales y remotas, a los pueblos indígenas y las poblaciones afrodescendientes, a las personas con discapacidad y a los migrantes.

Definir un conjunto de garantías universales para el bienestar social en función de las capacidades nacionales, en línea con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Recomendación sobre los Pisos de Protección Social, 2012 (nro. 202) de la OIT, es esencial para el desarrollo sostenible y la estabilidad política.

La Agenda Regional de Desarrollo Social Inclusivo aprobada en 2019 ofrece líneas de acción para alcanzar ese objetivo. Incluye propuestas para avanzar en la garantía universal de un nivel de ingresos básico y evaluar la posibilidad de incorporar gradualmente en los sistemas de protección social de los países una transferencia universal para la infancia y un ingreso básico de ciudadanía. Propone también el fortalecimiento de la institucionalidad social para implementar políticas sociales de calidad. Para la planificación, diseño e implementación de medidas de protección sociales importante proteger el gasto público social y contar con sistemas de información, seguimiento y evaluación de las prestaciones sociales, incluidos registros de la población destinataria o potencialmente destinataria que sean lo más amplios y actualizados posible.

Construir el Estado de bienestar y sistemas de protección social universal es clave para evitar otra década perdida.

Un elemento central en la construcción de un Estado de bienestar es el derecho a la salud.

Superar la actual fragmentación, jerarquización y mercantilización de los sistemas de salud será una de las enseñanzas que dejará la pandemia. Además, es urgente contar con políticas de mayor alcance y profundidad para enfrentar los determinantes sociales de la salud y, en particular, los requerimientos de salud alimentaria y nutricional.

La crisis puede profundizar expresiones de malestar, desconfianza y desafección democrática, lo que constituye un riesgo importante para la cohesión social. Urge avanzar en un pacto social centrado en el bienestar y los derechos en las distintas etapas del ciclo de vida para enfrentar los impactos de la crisis, planteando una lógica de protección colectiva e igualdad, con respuestas solidarias en los costos y el financiamiento, lo que requiere nuevos pactos fiscales.

La pandemia ha puesto al descubierto no solo las limitaciones estructurales del modelo económico vigente, sino también las fallas e insuficiencias de los sistemas de protección social y de los regímenes de bienestar en general. Avanzar hacia el trabajo decente, fomentarla corresponsabilidad en los cuidados entre el Estado, el mercado y las familias, y promover el acceso universal a la protección social, asegurando el acceso a sistemas de salud pública de calidad, es imprescindible para proteger las condiciones de vida de toda la población.

Para salir de la crisis es necesario repensar el modelo de desarrollo y consolidar las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo sostenible, sin dejar a nadie atrás, como se plantea en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

### **IX. La pandemia y Argentina. El aislamiento y la suspensión de plazos administrativos. Acceso a la información pública**

La acelerada expansión del virus puso en alerta a todo el mundo en solo un par meses, obligando a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a declarar el 11 de marzo de 2020 el estado de pandemia producto de su rápida propagación. La sociedad de todo el mundo se vio

envuelta en un estado de gran conmoción e incertidumbre, no solo respecto de cómo enfrentar este flagelo, sino también de cómo continuar con las propias obligaciones, responsabilidades y rutinas personales de vida. La salud de los ciudadanos, en muy pocos días, pasó de ser una necesidad sobre la cual deben velar todos los gobiernos de manera permanente a una urgencia que no puede esperar. Y a escala mundial. A falta de una vacuna (por lo novedoso de este nuevo coronavirus) el resguardo y distanciamiento social, como método preventivo para su propagación, se hicieron regla.

El Gobierno nacional de la República Argentina (como casi todos los Estados del mundo) se vio en la obligación de tomar medidas fuertes de aislamiento social obligatorio, con el fin de reducir la circulación de los ciudadanos a la mínima expresión necesaria, y así “aplanar la curva” de contagios lo más posible. Al momento de la aparición mundial del coronavirus SARS-CoV-2, y la posterior declaración de pandemia por parte de la OMS, en la República Argentina ya estaba vigente ley 27.541 del 23 de diciembre de 2019, la cual en sus arts. 1º, y 64 a 85, declaró el estado de emergencia pública en materia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2020. De esta manera, la primera medida tomada por el Gobierno nacional argentino fue ampliar por un año el plazo establecido en la ley mediante el decreto 260 del 12 de marzo de 2020, aumentando el tiempo de aplicabilidad de todas las medidas y previsiones previstas en ella a fin de combatir este nuevo coronavirus.

Con fecha 16 de marzo de 2020, el Gobierno nacional dictó la Decisión Administrativa 390 que establece: “Las Jurisdicciones, Entidades y Organismos de la Administración Pública Nacional (...) dispensarán del deber de asistencia a su lugar de trabajo, a partir de la publicación de la presente y por el plazo de catorce [14] días corridos, a las personas que revistan en Plantas Permanentes, Plantas Transitorias, Personal de Gabinete, Contratos Temporarios, y toda otra vinculación jurídica de prestación de servicios de carácter laboral y/o personal, y siempre que no revistan 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, debiendo dentro del marco de la buena fe contractual, establecer con su

empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

Tres días después, el 19 de marzo, el Gobierno nacional decidió, en conjunto con los gobernadores de las distintas provincias argentinas, por medio del decreto de necesidad y urgencia 297, el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para “todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria...” “... La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. Posteriormente, a través de los decs. 325 de fecha 31 de marzo 2020, 355 de fecha 11 de abril de 2020, y 408 de fecha 26 de abril de 2020, se prorrogó el aislamiento social dispuesto, el que, a día de hoy, se extenderá hasta el día 28 de junio de 2020 inclusive, pudiendo extenderse por decretos posteriores.

El 20 de marzo el Gobierno nacional emitió otro decreto (298) por medio del cual se resolvió suspender “el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos, dec. 1759/1972, t.o. 2017 y por otros procedimientos especiales, a partir de la publicación de este decreto y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan”, a excepción de aquellos trámites administrativos relacionados con la emergencia sanitaria. El día 13 de abril, se extendió esta suspensión hasta el 26 de abril, por medio del dec. 372 el 26 de abril. Fue nuevamente extendido mediante los decs. 420 y 520 del 7 de junio de 2020. De esta manera, desde el 15 de marzo, y hasta el día de publicación del presente artículo, todas las dependencias gubernamentales tuvieron que cerrar sus puertas, limitándose a operar por medio de canales electrónicos en los casos en que ello fuera posible.

Cabe mencionar que desde el año 2016, el Gobierno nacional argentino ejecuta el denominado Plan de Modernización del Estado (dec. 434/2016), con el denominado sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) (dec. 561/2016), la plataforma de Trámites a Distancia (TAD) (dec. 1063/206), y la Plataforma de

Autenticación Electrónica Central (PAEC) (dec. 1265), con el fin de facilitar el acceso de los ciudadanos a los organismos que integran la Administración pública nacional mediante el uso de herramientas tecnológicas, buscando simplificar y mejorar la calidad de los procedimientos que posibiliten el acceso a distancia y el ejercicio de un seguimiento efectivo sobre la actividad administrativa.

Por el dec. 894 del 1 de noviembre de 2017, se actualizó el dec. 1759 de 1972, reglamentario de la ley nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo del mismo año, incorporando estos sistemas y plataformas a su articulado. Ello sentó las bases para la realización de presentaciones y solicitudes a distancia y digitalmente por parte de los administrados, y la tramitación de expedientes administrativos electrónicos.

Dentro de las oficinas gubernamentales se encuentra la Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública (AAIP), dependiente del Poder Ejecutivo de la Nación. Dicha oficina es el órgano de control de cumplimiento tanto de la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública, como de la ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales. Es decir, es el órgano encargado de tramitar todo tipo de consultas y denuncias de incumplimiento de ambos cuerpos normativos. En consonancia con las medidas establecidas (de aislamiento social y suspensión de plazos administrativos generalizados), la AAIP, dictó la res. 70/2020 (RESOL-2020-70-APN-AAIP) estableciendo los lineamientos sobre los cuales debía regir tal suspensión en la materia de su competencia respecto a) de los plazos relativos a las tramitaciones por acceso a la información pública y b) a los correspondientes por infracciones a los derechos consagrados en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales.

Respecto del primer supuesto, la resolución dispone que quedan exceptuados de la suspensión de los plazos administrativos los trámites previstos por la ley 27.275, de Acceso a la Información Pública, ello en función de que, tal como refiere en sus considerandos, “si bien el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es susceptible de ser suspendido en circunstancias excepcionales (...) no ha mediado en tal sentido declaración alguna por parte

del Estado nacional; de allí que mantiene plena vigencia al presente”. Y acto seguido manifiesta que “su ejercicio resulta fundamental para el control ciudadano de los actos públicos y la evaluación de la gestión del Estado; a la vez que, ante una situación de emergencia y crisis sanitaria producto de la pandemia generada por el COVID-19, acceder a la información pública se torna indispensable para conocer la actuación de la Administración y evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones públicas” (15).

En una reciente publicación del 6 mayo de 2020 (expansion.es Comentarios/en Blog), el catedrático español José Luis Piñar Mañas precisó al respecto del régimen legal español y el acceso a la información pública que “no se reconozca el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental autónomo o independiente es tan inexplicable como incomprendible. La ley 19/2013, de transparencia, es una ley ordinaria, no orgánica, y en todo su texto no hay ni una sola referencia a los artículos constitucionales en los que se reconoce el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1, apart. a y d, CE) o de participación en los asuntos públicos (art. 23), derechos estos de los que suele hacerse derivar el de acceso a la información. Muy al contrario la ley reconoce en su art. 12 que todas las personas tienen ‘derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución,’ es decir en los términos de un precepto que para nada pretende regular un derecho fundamental sino tan solo un principio de actuación de la Administración Pública del que a lo sumo derivan derechos subjetivos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 13.d de la ley 39/2015) o derechos de los interesados en el procedimiento”. “Solo en los supuestos de estado de excepción o de sitio, nunca de alarma, sería posible suspender los derechos a la libertad de expresión e información y en ningún caso el de participación en los asuntos públicos. Así lo establece el art. 55 de la CN. Por tanto, hemos de partir de la base de que

los derechos fundamentales en los que se basa el derecho de acceso a la información pública (ya que hoy por hoy, como he señalado, con la ley en la mano, no se considera como un derecho fundamental autónomo) no han quedado en absoluto suspendidos con la declaración del estado de alarma’. Ante este debate se interroga “interesa es determinar si en el marco constitucional del estado de alarma se ha producido o no una suspensión de los derechos de expresión e información y participación y por tanto del derecho de acceso a la información pública” citando a la International Conference of Information Commissioner’s (ICIC) ha emitido una Declaración (suscrita entre otros por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España, el Consejo de Transparencia de Andalucía y el de Murcia), en cuanto “(...) el derecho del público a acceder a información sobre las decisiones que se adopten durante la crisis del COVID-19 ‘es vital’” y que “la importancia del derecho de acceso a la información permanece” y concluye que “los organismos públicos también deben reconocer el valor de una comunicación clara y transparente, y de un buen mantenimiento de registros, en lo que será un período muy analizado de la historia”. Amplía que “estamos ante un período de la historia que será ‘muy analizado,’ y por ello es imprescindible mantener abiertas las vías para que el derecho de acceso a la información pública y con él la libertad de expresión e información, así como de participación en los asuntos públicos sean reales y efectivos, incluso en estado de alarma. El 27 de abril veintisiete organizaciones miembros de la Coalición Pro-Acceso pidieron al Gobierno que garantice el ejercicio del derecho de acceso a la información, después de que se hayan suspendido los plazos administrativos por el estado de alarma” y que “el Consejo de la Unión Europea mantiene el plazo de 15 días para atender las solicitudes de acceso, sin perjuicio de que puedan producirse ciertos retrasos al responder”.

El Estudio 3279 Barómetro Especial de abril 2020 ([http://datos.cis.es/pdf/Es3279mar\\_A.pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es3279mar_A.pdf)) pregunta: “¿Cree Ud. que en estos momentos habría que prohibir la difusión de bulos e informaciones engañosas y poco fundamentadas por las redes y los medios de comunicación social, remitiendo toda la información sobre la pandemia a fuentes oficiales, o cree que hay que mantener libertad total para la difusión de no-

(15) ANDREUCCI, Federico, “Consideraciones sobre las excepciones de la Agencia de Acceso a la Información Pública de la República Argentina respecto de la suspensión de plazos administrativos por la pandemia de Coronavirus”, en Derecho Digital e Innovación, 5, mayo-junio 2020.

ticias e informaciones?”. Piñar responde: “(...) ¿es admisible que se pueda limitar o restringir la transparencia por mucho que se haya declarado el estado de alarma? (...) el estado de alarma se declaró ‘con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19’. En consecuencia, todas las medidas que se adopten y que pueden implicar limitación o restricción de derechos deben estar dirigidas a esa finalidad y no a otra”.

A los fines del análisis sobre la importancia de la suspensión de los plazos y procedimientos administrativo, “no olvidemos que la suspensión de plazos trae como consecuencia la suspensión de la obligación que tienen las Administraciones de dictar resolución expresa (art. 21 de la ley 39/2015) y en consecuencia se enerva la posibilidad de reaccionar contra la inactividad o el silencio de la Administración. Como hace ya años recordaban García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la figura del silencio administrativo tuvo en su origen (1900, en Francia) como finalidad evitar que la Administración pudiese ‘eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva; en tal caso el particular afectado por la inactividad de la administración quedaba inerme ante ella, privado de toda garantía judicial’ (‘Curso de Derecho Administrativo, I’, Ed. Civitas, Madrid 2017). Pues bien, la suspensión de plazos y con ello de la obligación de resolver, puede producir la inmunidad si quiera sea temporal de la Administración. Algo que es especialmente relevante en el ámbito de las solicitudes de acceso a la información pública y que carece de justificación incluso en estado de alarma” (Piñar, ob. cit.) y “la efectividad misma de derechos fundamentales que no solo parece que no deben ser limitados en el estado de alarma sino que muy al contrario han de ser fortalecidos o al menos mantenidos en los mismos términos que en un estado de normalidad”, pues “[c]arece de sentido, en mi opinión, que plazos ‘indispensables para la protección del interés general’, entre los que sin duda deben entenderse incluidos los relativos al acceso a la información pública, puedan continuar corriendo solo si lo motiva la entidad del sector público que así lo considere oportuno” (Piñar, ob. cit.).

En estado de alarma adquiere especial relevancia la transparencia activa. Para evitar los

bulos, las informaciones no contrastadas, las incertidumbres y en general la falta de información, la vía no es intentar detectar a quienes generen bulos, limitar la información o generar la información solo a través de canales oficiales, sino, muy al contrario, facilitar toda aquella información pública de la que se disponga. “(...) De este modo el ‘derecho a saber’, que está en la base misma de la transparencia y el acceso a la información, debe ser ahora más reivindicado que nunca. Información que alcanza también a todos los datos sobre la evolución de la pandemia y sobre la gestión económica que desde los poderes públicos se está llevando a cabo, incluida la referida a adquisiciones de material, coste, adjudicatarios y en general celebración de contratos”.

Frente a autorizaciones de acceder a archivos y registros públicos en esta crisis es preciso indicar que facilitar “el acceso a archivos, no resuelve los problemas de falta de transparencia que aquí he puesto de manifiesto. Tan solo facilita el viejo derecho de acceso a archivos y documentos, preferentemente para su aportación en procedimientos administrativos y judiciales” (Piñar, ob. cit.).

Por ello coincidimos que “en un estado de alarma declarado con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus no pueden entenderse suspendidos los plazos para atender las solicitudes de información pública y mucho menos deben limitarse o restringirse las informaciones que en base al deber de transparencia activa deben estar a disposición de todas las personas. Más aún en un escenario de digitalización e implantación de herramientas y recursos digitales del que siempre han hecho gala nuestros Gobiernos. Si es verdad que queremos estar en la vanguardia de los Estados que implantan o han implantado soluciones digitales para una mejor y más cercana Administración no tiene sentido ahora que las decisiones que se adopten parezcan estar pensadas para una Administración que parecería moverse solo en el entorno del papel y que nos recuerda más a la del vuelta usted mañana (...) Aunque solo sea porque el derecho a saber y a exigir la rendición de cuentas de los poderes públicos es previo” a todo.

En esta línea, considerando la competencia local en materia de acceder a la información pública tampoco podría considerarse suspendida dicha petición y sus procedimientos en la provincia de Buenos Aires y provincias donde han dictado decretos suspendiendo los procedimientos administrativos. El PEP bonaerense dictó el dec. 167/2020 del 25 de marzo de 2020 (ex 2020-05792527-GDEBA-DSTAMJGM), cuyo art. 1º establece “la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos correspondientes a la aplicación del dec.-ley 7647/1970 (normas de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires) y demás procedimientos administrativos especiales (...)”.

El decreto tiene una imperfecta redacción, pues alude a “correspondientes a la aplicación del dec.-ley 7647/1970 (normas de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires) y demás procedimientos administrativos especiales (...)”, debiendo entenderse dentro del alcance del art. 1º de la norma en cuanto que “(...) se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales”. Esto indica que corresponde a la competencia del Poder Ejecutivo y no podría el decreto tener alcance hacia el Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, órganos extrapoderes, etcétera.

Se planteó el tema en España en cuanto al acceso a la información pública y respondió: “Así por ejemplo las peticiones de acceso a la información pública dirigidas a la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social o las instituciones autonómicas análogas en relación con sus actividades sujetas a derecho administrativo no están sujetas a la suspensión de plazos que ha establecido el Real Decreto de declaración de estado de alarma. Pero es que incluso cabe plantear dudas acerca de si la suspensión de plazos se aplica también a las corporaciones de derecho público por cuanto estas no forman parte del sector público defi-

nido en la ley 39/2015 sino que esta se les aplica supletoriamente en relación con el ejercicio de sus actividades de derecho público. Tampoco las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50% o las fundaciones del sector público están afectadas por la suspensión de plazos. Si esto es así no se comprende que la transparencia y el acceso a la información no estén limitados en relación con ciertas entidades, pero sí con otras. Si la justificación se pretende encontrar en la imposibilidad o dificultad en la actuación administrativa y las relaciones con los ciudadanos que el confinamiento durante el estado de alarma ha traído consigo, hay que concluir que el mismo alcanza (o no, que es lo lógico) a las entidades del sector público previstas en la ley 39/2015 y a las demás a que se aplica la Ley de Transparencia” (Piñar, ob. cit.).

La ley 12.475 (2000) de la provincia de Buenos Aires y normas vinculadas como la ley 14.214 (Hábeas Data y dec. 2549/2000 PEP) no puede entenderse incluida en esa suspensión por la naturaleza del derecho fundamental “a saber” y porque abarca a todos “los órganos públicos del Estado provincial” (art. 2º de la ley) y las vías habilitadas sobre la acción de amparo o habeas data, según corresponda (art. 8º).

En relación con el segundo de los supuestos, (correspondientes por infracciones a los derechos consagrados en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales) en los considerandos de la mencionada resolución se destaca que “resulta necesario que la *agencia de acceso a la información pública* exceptúe de la suspensión de los plazos dispuesta por los decs. 298/2020, 327/2020 y 372/2020, a aquellas denuncias que reciba en el marco de la ley 25.326, así como a aquellos trámites que se encuentren actualmente en curso. Que, por el contrario, la suspensión de los plazos dispuesta por los decs. 298/2020, 327/2020 y 372/2020 debe mantenerse respecto de los trámites en los que ya haya comenzado el proceso sancionatorio y el derecho involucrado del titular de los datos ya haya sido atendido”. Y a continuación menciona “la continuación de la suspensión de los plazos para responder pedidos de información pública o para salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14, 15 y 16 de la ley 25.326, podría, en

la práctica, vaciar de contenido a esos derechos humanos fundamentales”.

Los arts. 14, 15 y 16 a los que hace referencia, son nada más ni nada menos que los derechos núcleo de la autodeterminación informativa, es decir, los derechos de acceso, actualización, rectificación, bloqueo y supresión de datos personales en registro, archivos o bases de datos.

De esta manera, con esta resolución, la AAIP ha suspendido los plazos para aquellas denuncias en curso que se encuentren en proceso de sanción, pero no respecto de aquellas que se encuentran en curso, pero no están en etapa sancionatoria, y aquellas nuevas denuncias por nuevos incumplimientos, con la finalidad de garantizar que los derechos de los ciudadanos sobre sus datos y el uso que se haga de ellos no se vean vulnerado.

A fin de lograr un mejor entendimiento, resulta necesario poner luz al respecto e intentar especificar cuáles serían los plazos que se encuentran suspendidos por esta resolución para el supuesto del ejercicio de los derechos y procedimientos del plexo normativo sobre protección de datos personales en Argentina.

En este sentido, es importante señalar que la ley 25.326 no establece un procedimiento administrativo específico, sino que lo remite, en su art. 31, directamente a su reglamentación y a las normas generales de procedimientos administrativos nacionales. Esto es lo que ha regulado el dec. regl. 1558/2001 (modificado por los decs. regls. 1160/2010 y 899/2017) al establecer, en su correlativo art. 31, el procedimiento que debe seguirse para atender los derechos de los ciudadanos y/o la correspondiente sanción al incumplidor.

El mencionado artículo establece en su apart. IX), inc. d) que una vez recibida la denuncia por parte del denunciante se corre traslado de esta al denunciado, el cual deberá responder el requerimiento en un plazo máximo de 10 días hábiles (pudiendo prorrogarse a pedido del denunciado por un plazo máximo igual al mencionado, pero solo en casos justificados atendiendo la magnitud y dimensión de la base de datos). De acuerdo con la letra de la resolución analizada, este plazo no se encuentra suspendido,

sino que, por el contrario, el responsable de la base de datos denunciada deberá extremar los esfuerzos por contestar los requerimientos en tiempo y forma, sin posibilidad de excusarse en la suspensión de los plazos.

El inc. g) del mismo apartado establece que cuando se considere *prima facie* que hubo infracción a la normativa de protección de datos personales, la autoridad de aplicación labrará un Acta de Constatación, respecto de la cual se da traslado al denunciado a fin de que dentro del plazo de 10 días hábiles presente por escrito su descargo y acompañe las pruebas que considera pertinentes. Si bien el labrado del Acta de Constatación ya es un fuerte indicio de que indefectiblemente el denunciado podría ser sancionado, esta no constituye en sí un acto final dentro de la etapa sancionatoria, motivo por el cual el plazo establecido en el presente inciso tampoco se encuentra previsto dentro del esquema de suspensiones producto de la pandemia.

A partir de este punto, concluida la etapa investigativa, es donde el expediente entra en trámite para resolución final y definitiva de “etapa sancionatoria” dentro de las competencias propias que le son asignadas y reservadas a la AAIP por el ordenamiento jurídico vigente. El inc. h) habilita a su director a que, en esta instancia, se dicte el respectivo acto de eventual contenido sancionatorio. Contra esta resolución el inc. i) habilita las vías recursivas previstas por medio del dec. regl. 1759/1972 (modificado por el dec. regl. 894/2017) mencionado anteriormente, resultando además de aplicación supletoria la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos.

#### **X. Estado de sitio. ¿Se adecua a la pandemia?**

En Argentina se aplicó en más de 50 ocasiones y desde la Organización Nacional el estado de sitio fue dictado por los gobiernos tanto democráticos como de facto. Pero, más que velar por las personas, era una medida policial-militar para poder detener a personas, sin necesidad de una denuncia o causa previa.

El primero en implementarlo fue Justo José de Urquiza en 1854 y 1859; luego lo hizo Bartolomé Mitre, que lo usó para perseguir a quienes

se oponían a la Guerra del Paraguay para censurar a medios opositores. Tras la represión de militantes anarquistas el 1 de mayo de 1909 en Plaza Lorea, el gobierno decretó el estado de sitio. Necesitaba mantener la paz social por lo menos hasta los festejos del centenario, que se realizarían al año siguiente, aunque los obreros continuaron manifestando, arriesgándose especialmente los extranjeros a que se les aplicase la Ley de Residencia y tener que abandonar el país. El general Uruburu, luego de derrocar a Hipólito Yrigoyen en 1930, instauró el estado de sitio.

Pasaron los años y el estado de sitio aplicado por la Revolución Libertadora en 1955 y Arturo Frondizi en muchas ocasiones por la sucesión de hechos que generaban un clima de violencia interna. María Estela Martínez de Perón lo aplicaría en octubre de 1974 para “erradicar expresiones de una barbarie patológica que se ha desatado como forma de un plan terrorista criminal contra la Nación”, y apuntaba a organizaciones terroristas. Desde el golpe del 24 de marzo de 1976 el estado de sitio se mantuvo vigente hasta 1983. Fue levantado en octubre de 1983, y Raúl Alfonsín lo aplicó durante 45 días en 1985 para defenderse de un supuesto golpe cívico-militar, pese a lo cual no se suspendió ni la campaña electoral ni las elecciones de medio término que se celebraron el 3 de noviembre de ese año.

Se volvió a instaurar en mayo de 1989 por un mes debido a los saqueos de supermercados y almacenes. Con la explosión social durante el gobierno de Fernando de la Rúa declaró el 19 de diciembre de 2001 el estado de sitio que el gobierno pese a lo cual ocurrieron varias muertes por manifestaciones populares.

En definitiva, los estados de sitio no se aplican para epidemias o pandemias sino solo por las causales de gravedad política institucional [*en caso de conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella* (conf. art. 23, CN)].

## **XI. Poder Legislativo, Poder Judicial y pandemia**

El Poder Judicial y el Poder Legislativo resignaron su cometido esencial del Estado en cuan-

to poder independiente, al haber asumido el seguimiento de las decisiones del Poder Ejecutivo aceptando sus decretos de necesidad y urgencia (no permitidos en la Constitución de la provincia de Buenos Aires según art. 45 “los poderes públicos no podrán delegar las facultades que es han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella” y 86 que regula que las cámaras podrán ser convocadas a sesiones extraordinarias siempre que un asunto de interés público y urgente lo exija o convocare por sí mismo cuando, por la misma razón, le soliciten doce senadores y veinticuatro diputados).

Pese a esta clara prohibición, se ha vulnerado sistemáticamente su texto (véase causa SCBA I.1559 “Asociación Judicial Bonaerense AJB s/ inconstitucionalidad” decs. 3073/1991, 3640/1991, leyes 11.195 y 11.196, SCBA sentencia del 14 de octubre de 2011); causa de oficio inconstitucionalidad e inaplicabilidad del dec. 1960/2001, que estableció emergencia provincial para los tres poderes y el patacón como forma de pago al Poder Judicial).

El Poder Judicial (SCBA res. 480/2020 y ampliatorias 535/2020 y 558/2020 aludiendo a los decretos de necesidad y urgencia nacionales y de la provincia de Buenos Aires) siguió los aislamientos y los plazos fijados por el PEN declarando feria extraordinaria con suspensión de plazos procesales. Esta misma actitud asumió la CS lo que determinó la parálisis de una función o cometido esencial del estado resignando la garantía del debido proceso, tutela judicial efectiva y equilibrio de poderes. ¿Fue razonable esa actitud? El argumento institucional y funcional fue que el sistema electrónico del expediente judicial no se encuentra instalado y desarrollado en la estructura y logística judicial, de allí el aislamiento y feria judicial. La realidad es que el ciudadano, habitante, justiciable, no ejercer uno de los servicios esenciales que el Estado debe garantizar y no discontinuar; además se afectó el ejercicio de la abogacía y de la defensa, manteniéndose en el tiempo esta lesión pues ante la apertura controlada de actividades esenciales se negó que la justicia y el ejercicio de la defensa lo constituyan. Es una negación gravísima del Estado de derecho más allá de cualquier causa operativa o de implementación posible.

No resulta constitucional ni sincero omitir o negar el carácter esencial de la justicia porque no se cuente con las herramientas de teletrabajo y a distancia para que los ciudadanos y abogados accedan a ella. ¿No existe esa logística o herramienta? Quizás sea así, pero ello no quita ni niega el carácter de la Justicia en cuanto cometido esencial del Estado. Ello es negar la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el debido proceso y la gobernabilidad democrática ya que limitando la habilitación excepcional de feria para los casos urgentes que califica el juzgado de turno, no se satisface esa garantía constitucional poniendo en evidencia la flaqueza del estado de derecho y la plena vigencia de la Constitución.

Esta actitud se vio más intensa en el Poder Legislativo que durante semanas no reaccionó mientras el Poder Ejecutivo nacional y provincial gobernaba por DNU. El desarrollo de las sesiones virtuales llevó al extremo que la Vicepresidencia de la Nación en el carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación instaurara una acción declarativa de certeza ante la CS (arts. 5° y 322 del CPCYCN), a los fines que “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del art. 30 del Reglamento de la H Cámara de Senadores de la Nación en cuando establece que “los senadores constituyen Cámara en la sala de sesiones y para los objetos de su mandato, salvo los casos de gravedad institucional”. En otras palabras, ¿es constitucionalmente posible que tal como lo establece el art. 30 del Reglamento de la H. Cámara de Senadores sesiones mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?

La CS dictó sentencia el 24/04/2020 en la causa CS 353/2020/CS1 “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, destacando: “6) (...) el Poder Judicial no ha sido investido por la Constitución con la facultad de analizar la constitucionalidad de normas o formular interpretaciones de ellas en

abstracto ni de emitir pronunciamientos meramente teóricos o consultivos. Admitir pretensiones de esta naturaleza implicaría ignorar el texto expreso de la Constitución (...)” y que debe existir un caso, una controversia que en la especie no existió. Aun así, el decisorio de la CS le hace saber al Senado las consideraciones del ítem III y desliza como respuesta a la consulta que “(...) el asunto traído a consideración del Tribunal tampoco cae bajo (...) el supuesto excepcional que admite la intervención de esta Corte en facultades propias y exclusivas de otros poderes. Esto es, la imposibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones (...) la Constitución regula ciertos aspectos del modo en que funcionar el Poder Legislativo pero nada indica respecto a la modalidad física o remota de sus sesiones (...) Nada dice la Constitución sobre el lugar o la forma presencial o remota en que deben encontrarse para sesionar, deliberar y votar los legisladores de cada Cámara (...) ninguna de esas cláusulas veta la posibilidad que las sesiones se lleven a cabo en forma remota (...) 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 (...)”. De esta forma la CSN respondió a la consulta pese a que “formalmente sostiene rechazar la acción por entender que no hay caso, controversia o asunto. Es decir, respondió la consulta, pero hay que destacar que a los fines del estado de emergencia y excepción el fallo sostiene”.

En tal sentido, “las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina”. El dato objetivo es que durante marzo y abril en sesiones ordinarias la Cámara de Diputados y Senadores no sesionaron mientras el PEP dictó diversos DNU concentrando facultades legislativas y ejecutivas sin que exista control alguno ni equilibrio institucional.

# La Corte Suprema no es el Consejo de Estado

## A propósito de la consulta del Senado

Alberto B. Bianchi

**Sumario:** I. El Consejo de Estado.— II. La consulta del Senado.— III. La respuesta de la Corte Suprema.— IV. Mis reflexiones.— V. Conclusiones.

### I. El Consejo de Estado

De todas las instituciones jurídico-político francesas, la de mayor prestigio, sin lugar a dudas, es el Consejo de Estado. Con sus 230 años de existencia, en los cuales no faltaron idas y vueltas, el Consejo de Estado supo erigirse como una de las “glorias de Francia”, sobreponiéndose a todas las inestabilidades políticas que le tocaron afrontar, desde que fuera creado por Napoleón Bonaparte el día de Navidad de 1799. En estos ya dos largos siglos, este auténtico laboratorio del derecho público no solo acumuló prestigio, sino también competencias. Nacido como órgano consultivo a medida de su creador, con el tiempo fue cobrando autonomía y convirtiéndose, a la vez, en juez y principal órgano de consulta de la Administración y del gobierno (1).

Ahora bien, ¿por qué comienzo refiriéndome al Consejo de Estado francés, si me propongo comentar una decisión de la Corte Suprema argentina, que nada tiene que ver con él? (2) La respuesta es sencilla. Sin decirlo expresamente, al responder de buen talante la consulta que

(1) Para evitar la cita de las numerosas obras que se refieren al Consejo de Estado en los muchos idiomas que están escritas, me limito simplemente a mencionar este sitio <https://www.conseil-etat.fr/es> en el cual, en español, se puede encontrar una explicación clara y sencilla del funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Estado.

(2) “Fernández de Kirchner, Cristina, en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (CS, Fallos 353/2020/CS1) 24 de abril de 2020.

le formuló el Senado, en un “asunto de Estado”, la Corte Suprema ha ejercido una jurisdicción consultiva semejante a la del Consejo de Estado, muy ajena por cierto a sus competencias constitucionales. Me atrevería a decir, incluso, que con el dictamen emitido la Corte ha ido más allá de las funciones propias de un tribunal constitucional europeo.

### II. La consulta del Senado

Una de las numerosas anomalías que nos obliga a presenciar o protagonizar la pandemia producida por el Covid-19, es la respuesta de la Corte Suprema a la consulta que le formuló la presidenta (3) del Senado de la Nación (bajo el pretendido ropaje de una acción declarativa de certeza) a fin de que el Tribunal determine si es constitucionalmente válido llevar a cabo sesiones por medios virtuales o remotos (4). Tan in-

(3) El Diccionario de la real Academia Española permite el uso de esta palabra. <https://dle.rae.es/presidenta#U6Yii5m>.

(4) Según la transcripción del escrito presentado por el Senado, efectuada en el consid. 1º, el objeto de la pretensión consiste en “una acción declarativa de certeza contra el Estado nacional a los fines que, en el marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por la enfermedad causada por el Covid, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del art. 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que ‘Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional’”.

sólita como la consulta (5), ha sido la respuesta pues, bajo una pretendida sentencia, la Corte Suprema ha emitido un auténtico dictamen.

Si bien los hechos que motivaron la consulta son sencillos y bien conocidos, vale la pena repetirlos brevemente. Apenas fue dictado el dec. 297/2020 (6) que ordenó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, senadores y diputados se dirigieron presurosos a sus domicilios particulares o a otros lugares de aislamiento, sin parar mientes en que estaba en curso el período ordinario de sesiones legislativas, que había comenzado pocos días antes, conforme dispone el art. 63 de la CN. Ciertamente, antes de ello, los legisladores deberían haber dictado una ley que expresamente autorizara las sesiones virtuales, o previsto, al menos, algún recaudo para poder continuar regularmente con sus funciones, sin riesgo para su salud, como ocurrió en otros países (7), pero no lo hicieron.

Cuando tomaron conciencia de esta situación y advirtieron que la cuarentena se prolongaba mucho más de lo imaginado inicialmente, comprendieron que debían reanudar sus tareas y volver a sesionar pero, naturalmente, comenzaron a pensar si podían hacerlo en forma remota o virtual a fin de evitar cualquier contagio. La duda nació porque el Reglamento del Senado no contempla esta situación excepcional, ni la prohíbe expresamente (8). La cuestión, cier-

(5) En una bien lograda síntesis, María Angélica Gelli dice “la demandante preguntó, se respondió, afirmó y evaluó críticamente conductas que en el pasado habrían exhibido medios de comunicación y la judicatura, y solicitó un perentorio pronunciamiento. Todo esto, concurriendo directamente ante la Corte Suprema e intentando una acción declarativa de certeza constitucional”. GELLI, María A., “¿Separación y colaboración entre poderes? El modo de sesionar del Senado durante la emergencia en el planteo ‘Fernández de Kirchner’”, LA LEY, 28/05/2020, p. 2.

(6) BO 20/03/2020.

(7) Ver: <https://www.lanacion.com.ar/politica/los-parlamentos-del-mundo-claves-en-la-crisis-nid2358322>.

(8) Diferente era el caso de la Cámara de Diputados, pues el art. 14 de su Reglamento dispone “Los diputados no constituirán Cámara fuera de la sala de sesiones, salvo los casos de fuerza mayor”. Si bien esta norma no prevé expresamente la posibilidad de llevar a cabo las sesiones en forma virtual o remota, de su texto puede inferirse razonablemente que estas están permitidas, especialmente

tamente, no era menor, pues ponía en juego la validez constitucional de todas las leyes que se sancionaran en forma virtual (9).

¿Cuál fue entonces la solución adoptada? La presidenta del Senado fue a preguntarle a la Corte Suprema si podían llevarse a cabo sesiones virtuales. Por más “gravedad institucional” que impulsara esta consulta, el planteo no solo era ajeno a la competencia originaria del Tribunal, sino que tampoco existía un “caso” en el sentido judicial del término. Consciente de estas dificultades, nada menores, por cierto, la acción declarativa promovida hizo un fuerte hincapié en tal extremo que, como bien sabemos, siempre opera como medio de superar “los ápices procesales frustratorios del control constitucional” (10). Al resolver la consulta, el tanto el voto de la mayoría, como el del juez Rosatti hacen expresa mención de esta invocación (11).

### III. La respuesta de la Corte Suprema

Sin dar traslado de la demanda y poniendo de manifiesto con ello, que la cuestión de fondo podía ser abordada *in audita parte*, como si se tratara de un dictamen emitido a raíz de una consulta, la Corte (por mayoría) opinó que el Senado puede “llevar adelante las sesiones [...] bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional ‘forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones

en una situación tan anómala y excepcional como la que vivimos.

(9) Parece innecesario recordar que una ley sancionada por un Congreso virtual hubiera dado una muy buena excusa para plantear la irregularidad del procedimiento legislativo.

(10) “Provincia del Chaco c. Parra de Bosco”, Fallos 324-533 (2001); “Enrique Gorriarán Merlo”, Fallos 322-2488 (1999); “José Roberto Dromi”, Fallos 313-863 (1990), entre muchos otros.

(11) “Afirma [la demanda] que este cuadro de situación genera una gravedad institucional extrema, que compromete la posibilidad de funcionamiento de uno de los tres poderes que conforman el Estado Argentino. De ello deriva que se encuentran comprometidas las instituciones básicas de la Nación, y que por esa razón debe examinarse esta petición a la luz de la doctrina de gravedad institucional, dado que es la herramienta que históricamente ha utilizado esta Corte Suprema para superar los óbices formales”. Consid. 1º, párr. 6º, del voto de la mayoría.

para crear la ley. Además, tal posibilidad no configura per se riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado. Esto es, sesionar de forma remota o presencial no supone en sí misma una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado [...] la posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones” (12).

Veamos las tres partes que conforman la respuesta de la Corte Suprema a la consulta del Senado. La primera de ellas es el voto de la mayoría, integrada por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Maqueda; la segunda es el voto del juez Rosatti y la tercera es la disidencia del juez Rosekrantz, presidente del Tribunal.

### III.1. La mayoría

Tal como dije al comienzo, la acción declarativa promovida por el Senado era procesalmente inadmisibles por dos razones esenciales a) la incompetencia de la Corte Suprema en instancia originaria, pues no se daban ninguno de los dos supuestos que la habilitan (13) y b) la ausencia de caso judicial, en tanto no existía una controversia, actual y concreta, planteada en relación con la realización de sesiones por vía remota o virtual.

Sin embargo, la mayoría se ocupa solamente de la segunda. Nada dice, en cambio, sobre la falta de competencia del Tribunal para entender en el asunto en forma originaria. No queda en claro, entonces, si se trata de una omisión o si, por el contrario, la Corte entendió que podía emitir la consulta en forma originaria.

Así, toda la energía intelectual del voto de la mayoría está concentrada en justificar por qué, aún en ausencia de “caso”, las circunstancias ex-

traordinarias en las cuales se formula la consulta le exigen al Tribunal responderla, sin que ello afecte la separación de poderes.

Como preámbulo de esta justificación, la mayoría dice: “Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución *siempre* insertas en una realidad histórica” (destacado agregado) (14). Esta frase no puede pasar desapercibida, pues tiene un peso muy singular. El Tribunal admite que la “realidad histórica” tiene fuerza fáctica suficiente para requerirle que asuma el rol de órgano asesor del Senado.

Señala más adelante, reafirmando esta primera afirmación, que “es precisamente en contextos de emergencia como el descrito, que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos” (15). Por ello “dudoso favor haría este Tribunal a la República si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales, dejase de lado su antiguo y consolidado criterio según el cual desconocer los elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia [...] para hacer primar —en vez— un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece nuestra Constitución Nacional” (16).

Puesto de manifiesto el “imperio” de la realidad histórica, la mayoría analiza si la consulta del Senado puede dar lugar a una respuesta judicial. Su respuesta es afirmativa. Recuerda lo esencial que es para una república el debido funcionamiento del Poder Legislativo (17) y su principal línea argumental para opinar fuera de un caso judicial se funda, jurídicamente, en que responder a la consulta no agrava la separación de poderes, pues no supone una intromisión del Poder Judicial en la esfera de los otros poderes.

(12) Consid. 16, párrs. 3º y 4º.

(13) El art. 117 de la Constitución establece que procede la competencia originaria cuando (a) una provincia es parte o (b) la causa “conciene” a un embajador o cónsul extranjero. A su vez, la Corte Suprema ha establecido excepciones a los numerosos supuestos que pueden suscitarse dentro de algunas de estas dos categorías de asuntos.

(14) Consid. 2º, párr. último.

(15) Consid 4º, párr. 1º.

(16) Consid. 7º, párr. 1º.

(17) Consid. 10.

Por el contrario, incumbe a los jueces “examinar la existencia y extensión de las facultades privativas con el fin de determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de las que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros Poderes del Estado” (18).

En cuanto a la cuestión de fondo, sostiene que “llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley [...] tal posibilidad no configura per se riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado. Esto es, sesionar de forma remota o presencial no supone en sí misma una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado [pues] 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” (19). El voto de la mayoría tampoco encuentra objeción constitucional a que los legisladores no estén reunidos en la Capital Federal y cita como antecedente el alzamiento de Carlos Tejedor, en 1880, cuando Nicolás Avellaneda tuvo que mudar el gobierno nacional al entonces pueblo de Belgrano (20).

Si algo faltaba para sostener que la Corte emitió un verdadero dictamen respondiendo

(18) Consid. 15, párr. último.

(19) Consid. 16, párrs. 3º, 4º y 6º.

(20) “[...] vale recordar que, en ocasión del alzamiento en armas del Gobernador Carlos Tejedor contra la autoridad nacional, el Presidente Nicolás Avellaneda ordenó por dec. del 4 de junio de 1880 mudar la sede del gobierno nacional fuera de los límites de la ciudad de Buenos Aires. También convocó a los miembros de ambas cámaras del Congreso Nacional y a los ministros de la Corte Suprema a seguir esa senda; es así que, en medio de una altísima tensión política y social, tanto el Senado como la Cámara de Diputados sesionaron durante varios meses (hasta el 29 de septiembre) fuera de la sede del Congreso, en el pueblo de Belgrano, asegurando la continuidad del funcionamiento de las instituciones representativas en circunstancias dramáticamente excepcionales.” Consid. 8º, párr. 2º.

a la consulta del Senado, la parte dispositiva del voto de la mayoría lo poner de manifiesto: “[...] se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”.

Véase que, como parte principal, se evacúa la consulta y luego, en forma secundaria, se rechaza la demanda. En otras palabras, como órgano de consulta la Corte emite el dictamen y como tribunal rechaza la demanda.

### III.2. El voto del juez Rosatti

No muy diferente es (al final del día) el voto del juez Rosatti. Si bien en la parte resolutive se declara incompetente, su principal análisis está enfocado en sostener que la ausencia de caso o controversia debe medirse en el contexto de la “gravedad institucional” de la situación, preparando, de esta forma, el sendero que lo lleva a extenderse en largo un *obiter*, al que denomina “consideraciones colaborativas”, en el cual coincide con la solución de fondo adoptada por la mayoría.

Se ocupa, en primer lugar, de la legitimación de la presidenta del Senado para promover la acción declarativa y encuentra respuesta afirmativa en el art. 57 de la Constitución y en el art. 36 del Reglamento del Senado (21).

Luego de ello ingresa en el análisis de la admisibilidad de la consulta del Senado para verificar “si la presentación de marras puede encuadrar dentro del estrecho marco constitucional asignado a esta Corte en materia de competencia originaria, conforme lo establecido por el art. 117 y su concordancia con los arts. 108 y 116 de la CN y al art. 2º de la ley 27 que, en lo que aquí interesa, requieren de la existencia de un ‘caso’, una ‘controversia’ o una ‘causa contenciosa’” (22).

Recuerda que, conforme una jurisprudencia secular, la Corte Suprema no evacúa consultas pues le está vedado pronunciarse fuera de un

(21) Consid. 1º, párr. 1º.

(22) Consid. 2º.

caso o controversia y aclara que ello “no constituye un obstáculo formal o inconducente al accionar del Tribunal, sino que se erige en un imperativo que se desprende necesariamente del diseño institucional delimitado por la Norma Fundamental nacional y, en particular, del sistema de ‘división de funciones’ entre los departamentos del Estado, principio basal de la Constitución Argentina” (23).

Sostiene, entonces, que “[t]ales requisitos [del caso o controversia] no se cumplen en el sub lite, en la medida en que no ha existido actividad (administrativa, jurisdiccional o de otra índole) susceptible de poner en tela de juicio un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante. Es decir, no se invoca (y menos aún acredita) que haya existido un acto en ciernes tendiente a negar, desconocer o restringir la potestad de la actora, esto es, un acto (concreto o en ciernes) que desconozca validez constitucional a la posibilidad de sesionar de forma no presencial. En efecto, no surge de la petición articulada que medie actividad, o incluso omisión, por parte del Estado nacional demandado, o sus departamentos, que afecte la intención del H. Senado de la Nación de sesionar a través de medios virtuales o remotos. De ello se colige que el agravio traído a juicio del Tribunal resulta conjetural e hipotético” (24).

Este voto podría haber concluido aquí pues, en ausencia de caso, el Poder Judicial no puede resolver. Sin embargo, todo lo dicho hasta aquí, ha sido el preámbulo de lo que vendrá, pues entra en escena la “gravedad institucional” que, como dije, prepara el terreno de las “consideraciones colaborativas”, que son, finalmente, el punto más sensible del voto.

Resaltando el párrafo con negritas, el voto del juez Rosatti dice que “[l]a verdadera gravedad institucional no estará entonces en la eventual imposibilidad de debatir una norma cuyo texto ni siquiera se conoce, que incluso debería presentarse originariamente en la otra Cámara que la que está representada en esta petición, y sobre la que esta, Corte solo podría expedirse en la

medida en que fuera sancionada, promulgada, entrara en vigencia y luego fuese cuestionada en un caso concreto, sino en el no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno, previsto en el art. 1º y cc. de la Norma Fundamental” (25).

Me permito poner el acento en el tiempo de verbo futuro empleado en esta frase: “estará”. Ello quiere decir que no existe todavía gravedad institucional alguna, sino que esta tendrá lugar (“estará”) eventualmente, con el “no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno”.

Esta afirmación, tan categórica, sugiere inevitablemente una pregunta ¿quiere decir, entonces, que si la Corte no evacuaba la consulta el Congreso no podía reunirse? La respuesta a esta pregunta la hallamos en el mismo voto del juez Rosatti, también resaltada en negritas: “[...] no le incumbe a este Tribunal expedirse sobre la forma en que el Senado debe resolver su trabajo en el futuro, en los siguientes dos sentidos: a) si de modo presencial o no presencial; y b) en la segunda hipótesis, si a partir de la interpretación o de la modificación de su Reglamento, tareas ambas que (por obedecer a su modo y forma de organización y funcionamiento) corresponden a la exclusiva competencia de la Cámara” (26).

Entonces, si el Congreso puede reunirse por medios remotos o virtuales sin necesidad de que la Corte Suprema lo habilite para ello, ¿cuál es la situación de gravedad institucional actual del caso? ¿Existía en ese momento alguna decisión ejecutiva o judicial que le impidiera reunirse al Congreso? La respuesta es negativa. En todo caso, lo que se trató fue de prevenirla. A la luz de estos razonamientos, parecería que la gravedad institucional invocada es conjetural, no actual.

Hecha esta salvedad, veamos ahora el contenido de las “consideraciones colaborativas”, cuyo fundamento constitucional, tal como el mismo nombre lo indica, es “principio de colaboración entre los poderes del Estado” que, a

(23) Consid. 4º, párr. 1º.

(24) Consid. 6º, párr. 4º.

(25) Consid. 8º, párr. 5º.

(26) Consid. 14.

juicio del juez Rosatti, nace de la separación de poderes (27).

Según dice este voto “el texto constitucional es enfático al señalar, en su art. 66, que cada Cámara hará su reglamento, lo cual constituye una derivación expresa de su citada autonomía normativa. Este razonamiento se proyecta sobre el procedimiento legislativo o trámite parlamentario (que involucra, entre otros puntos, la modalidad presencial o virtual de sesión), por lo que su eventual revisión judicial, en el supuesto que se articulara un caso o controversia al respecto, debería realizarse con particular restricción” de modo tal que “la Cámara de Senadores de la Nación tiene dentro de sus potestades la interpretación e integración de las normas constitucionales relativas a su funcionamiento, y específicamente aquellas relacionadas al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, entre cuyos aspectos cabe incluir la ponderación de la modalidad de sesión presencial o por medios virtuales o remotos, aspectos que solo son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley” (28).

Como conclusión de su voto el juez Rosatti, entre otras consideraciones, afirma: que “[e]l Senado no solo puede, sino que debe sesionar para poder cumplir con su rol constitucional. Debe hacerlo con las modalidades que el propio Senado establezca, y con el temario que el propio Senado determine, porque está en período de sesiones ordinarias” en tanto “[l]a Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas” (29).

En su parte resolutive el voto a) declara que la presentación formulada no corresponde a la competencia de esta Corte, prevista en el art. 117 de la CN, por inexistencia de caso y b) hace

saber al Honorable Senado de la Nación las consideraciones colaborativas obrantes en el ítem III.

### III.3. *El voto disidente*

A diferencia de sus colegas, el presidente del Tribunal rechaza, lisa y llanamente, la consulta formulada. En su opinión, “[l]a presentación bajo examen debe ser rechazada puesto que no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la CN, habilite la intervención que se pretende de la Corte Suprema. Resulta manifiesto el carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un ‘caso’ o ‘controversia’” (30).

## IV. Mis reflexiones

### IV.1. *La cuestión de fondo*

Está fuera de discusión que la facultad de dictar una norma lleva implícita la de interpretar y aplicar sus disposiciones (31). Por ello, es incuestionable que el art. 66 de la CN, al establecer que “[c]ada Cámara hará su reglamento”, no solo les otorga competencia para dictar esos reglamentos, sino que, implícitamente, les permite, a cada una en su respectivo ámbito, interpretarlos y aplicarlos.

(30) Luego dice “[...] no puede haber caso sin contraparte y más allá de la mención nominal del Estado Nacional en el escrito que da inicio a las presentes actuaciones no se identifica ninguna contraparte concreta respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos. Es de destacar que la presentación tampoco identifica cuál sería la actuación del Estado Nacional (ni de ninguna otra contraparte) que obstaculizaría que el Senado de la Nación sesionara del modo pretendido o que la señora Vicepresidenta de la Nación ejerciera las funciones que en su carácter de Presidente del Senado le corresponden en virtud del reglamento de dicha cámara. Tampoco se identifica cuál sería la relación jurídica sustancial que une al presentante con el Estado Nacional y que requeriría de un pronunciamiento judicial para dotarla de certeza”. Consid. 3º.

(31) Esta es la llamada “interpretación auténtica” de la ley. “Barrick Exploraciones Argentinas SA c. Estado Nacional”, Fallos 342-917 (2019); “Carlos del Señor Hidalgo Garzón”, Fallos 341-1768 (2018); “Peralta c. Estado Nacional”, Fallos 313-1513 (1990); “Ernesto Montalvo”, Fallos 313-1333 (1990); “Sejean c. Zaks de Sejean”, Fallos 308-2268 (1986), entre otros.

(27) Consid. 10.

(28) Consid. 13, párrs. 1º y 4º.

(29) Consid. 15, puntos 4 y 7.

Tampoco puede haber objeción constitucional alguna a que, en medio de una situación tan excepcional como la que vivimos (una pandemia sin fronteras geográficas ni antídotos, que cobra cientos y miles de vidas diariamente a lo largo de todo el planeta) (32) el Congreso lleve a cabo sesiones virtuales, pues actualmente este es el medio por el cual (forzados por la expansión del COVID-19, tan difícil de controlar) todos realizamos muchas de nuestras actividades, en mayor o menor medida.

Ciertamente, como dije al comienzo, hubiera sido deseable que nuestros legisladores, antes de resguardarse en sus hogares o lugares de aislamiento, hubieran tomado alguna precaución para continuar ejerciendo sus funciones remotamente. Pese a esta omisión, no caben dudas de que ambas cámaras tienen facultades propias para disponer todos los medios necesarios a fin de asegurar el ejercicio de sus responsabilidades constitucionales. Puesto en estricto análisis constitucional, ningún *test* de razonabilidad, por muy exigente que sea, podría tener resultado negativo, si con el fin de que el Congreso ejerza sus funciones constitucionales, el medio elegido es sesionar remota o virtualmente. La proporcionalidad entre el medio y el fin en este caso es incuestionable.

Tampoco creo que el art. 3º de la CN, en estas circunstancias, pueda ser un obstáculo insalvable para que los legisladores se preserven del contagio desde sus lugares de aislamiento. Es cierto que las autoridades de la Nación deben residir en la Capital de la República, pero llevar a cabo sesiones virtuales no implica “trasladar” la sede del Congreso fuera de la Capital, ni siquiera en forma transitoria. En todo caso, el Congreso hoy día está virtualmente en toda la República y el control técnico-digital de las sesiones puede llevarse a cabo (y de hecho así ocurre) desde su sede oficial.

Me atrevería a decir, incluso, que no es necesario recurrir al tecnicismo del art. 66, aunque ello ofrezca un anclaje en una norma concreta, para encontrar fundamento a estas facultades inherentes. Es la Constitución misma, con

la voz unánime de todas sus cláusulas, la que prohíbe a cualquiera de los tres poderes dejar de funcionar.

No existe emergencia de ningún tipo que sea una excusa válida para impedir u obstaculizar el normal funcionamiento de alguno de los tres poderes, pues la ausencia, siquiera parcial o temporaria, de cualquiera de ellos, es de suyo, una situación “de facto”. La ausencia de cualquiera de los tres poderes equivale a un gobierno de “fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” en los términos del art. 36 y no solo quienes lo provoquen, sino también quienes lo toleren, podrían ser pasibles de las penas allí previstas.

En consecuencia, entiendo que el Senado no debería haber preguntado a la Corte si podía sesionar remotamente, ni la Corte debería haber respondido pues, con ello, el primero renunció a ejercer sus funciones privativas e inherentes y la segunda se inmiscuyó indebidamente en ellas. En otras palabras, el Senado no debe consultar a la Corte cómo debe funcionar, ni la Corte debe decirle cómo ha de hacerlo.

No se trata, entonces, de que la Corte Suprema “colabora” con el Congreso dándole conformidad para que se reúna virtualmente, pues ningún poder del Estado es la muleta del otro. Cada uno es autónomo y se vale por sí mismo para asegurar su propio funcionamiento, pues si un poder debe “colaborar” con otro para que este pueda funcionar, la separación de poderes, lejos de fortalecerse, se debilita.

#### *IV.2. La ausencia de gravedad institucional judicialmente apreciable*

Como ha ocurrido otras veces a lo largo de la historia de la Corte Suprema, en este caso la gravedad institucional ha sido la llave mágica empleada para abrir las puertas del Tribunal y remover los “ápices” procesales que impedirían resolver la cuestión en circunstancias normales. Casos como “Jorge Antonio” (33), “Mirta Penjerek” (34) y “Dromi c. Estado Nacional” (35), por

(33) Fallos 248-189 (1960).

(34) Fallos 257-132 (1962).

(35) Fallos 313-863 (1990).

(32) Si bien parecería que con la proximidad del verano el fenómeno se ha atemperado en los países europeos, me temo que estamos lejos todavía de celebrar su fin.

mencionar solo algunos, ilustran esta saga que ha dado lugar a un instituto, cuyo empleo agrega a la jurisdicción de la Corte Suprema un grado de discrecionalidad más acentuada aún de la que naturalmente posee.

Si bien con la gravedad institucional ocurre lo mismo que con las cuestiones políticas (36), pues su concepto es tan inasible que nadie puede definirlo (37) (una dificultad mucho mayor a la que presenta la doctrina de la arbitrariedad) (38) nadie en su sano juicio podría negar que la pandemia del COVID-19 genera una situación de extrema gravedad, no solo para el Congreso, sino para todo el arco institucional que cruje en la tormenta.

No está en discusión, entonces, que vivimos en una situación extraordinaria, cuyos alcances institucionales se cuelan hasta el recinto de las cámaras legislativas. Pero la cuestión no es esa. Lo que interesa analizar en este caso, es si existía gravedad institucional “judicialmente apreciable”. Sepamos advertir que no toda situación de gravedad institucional es susceptible de apreciación judicial. Hay algunas que lo son y otras que no. ¿Cuál es el umbral que separa? La existencia de “caso judicial”, sin dudas. Dicho de otro modo, hay casos judiciales en los cuales existe gravedad institucional y hay situaciones de gravedad institucional que no dan lugar a un caso judicial.

Esta distinción me parece esencial. Si hay un “ápice procesal” que la gravedad institucional no

(36) Zechariah Chafee decía que las cuestiones políticas son al menos tan reales como Santa Claus en las tiendas de regalos en Navidad. CHAFEE, Zechariah, “Some Problems of Equity. Five Lectures Delivered at the University of Michigan”, University of Michigan Law School, 1950, p. 374.

(37) Esta característica ya había sido señalada por Genaro Carrió. Ver: CARRIÓ, Genaro R., “Nuevas fronteras del recurso extraordinario”, en *Temas de Casación y Recursos Extraordinarios*, obra en homenaje a Augusto M. Morello, Ed. Platense, La Plata, 1982, ps. 211-227.

(38) Jorge R. Vanossi decía hace muchos años (y poco o nada ha cambiado desde entonces) que la doctrina de la arbitrariedad conserva en su formulación las características imprecisas y frágiles a las cuales está condenada por la propia indeterminación de su nombre. VANOSI, Jorge R., “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, 1976, t. II, p. 170.

puede ni debe remover, es el del “caso judicial”. Podrá flexibilizar de mil maneras a la sentencia definitiva y pondrá entre paréntesis (cada tanto) al tribunal superior de la causa, pero nada ello compromete, en definitiva, los límites de la función judicial propiamente dicha. Mediando circunstancias extraordinarias que lo justifiquen, la Corte Suprema podrá intervenir en cualquier estadio del proceso e, incluso, sustituir a los jueces inferiores con un salto de instancia. Ya lo ha hecho. Sin embargo, con todos los reparos que estas excepciones procesales generan, ninguna de ellas interfiere con la función judicial misma, pues todas ellas tienen lugar dentro de un caso judicial.

Muy distinta es la situación generada con consulta del Senado. Tal como claramente lo pone de manifiesto el voto del juez Rosatti, la gravedad institucional invocada era puramente conjetural. No existía ninguna amenaza, actual o en ciernes, que impidiera al Senado interpretar su Reglamento y disponer que las sesiones se llevaran a cabo en forma remota o virtual.

Por supuesto a nadie escapa que ello, eventualmente, podría dar lugar a planteos judiciales los cuales, también eventualmente, podrían dar lugar a medidas cautelares y estas, también eventualmente, podrían impedir al Congreso llevar a cabo sesiones virtuales. Sin embargo, la sumatoria de estos “eventualmente” y “podrían” pone de manifiesto el carácter conjetural del planteo. Es una conjetura sensata, por cierto, “impregnada de realidad argentina”, empleando palabras de la Corte Suprema (39), pero una conjetura al fin, que no abre la jurisdicción de la Corte ni de ningún otro tribunal (40).

(39) “Bressani c. Provincia de Mendoza”, Fallos 178-9 (1937); “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247-646 (1960); “Sejean c. Zaks de Sejean”, Fallos 308-2268 (1986); “Cocchia c. Estado Nacional”, Fallos 316-2624 (1993), entre otros.

(40) Tal como ha señalado Emilio Ibarlucía al comentar la decisión “la Corte también gobierna, pero lo hace a través de sus sentencias cuando resuelve casos sometidos a su decisión, dado que convalidar una ley o un decreto o invalidarlo es una decisión de carácter político, que tiene importantes consecuencias institucionales, políticas, económicas y sociales. La Corte es el último intérprete de la Constitución y genera doctrina constitucional, que consolida y reitera a través del tiempo, la que es seguida por los tribunales de todo el país y, se supone,

### IV.3. Una gran olvidada: la competencia originaria

Antes de mencionar cuál hubiera sido, a mi juicio, la forma de plantear un “caso” para evitar que la Corte Suprema obrara como el Consejo de Estado francés, me parece necesario decir que la gran olvidada en este asunto, ha sido la competencia originaria de la Corte, pues cualquier abordaje del tema debería haber comenzado por ella.

Sin embargo, la necesidad de superar la ausencia de caso, puesta de manifiesto en los votos de la mayoría y del juez Rosatti y el fuerte hincapié en tal ausencia hecho en el voto del juez Rosenkrantz (41), han ocupado todos los espacios, relegando al art. 117 a un plano secundario. Ciertamente es que el juez Rosatti sostiene que la Corte Suprema es incompetente, pero finca la incompetencia en la ausencia de “caso”. Así lo dice en el punto I del consid. 15 (42) y en la parte resolutive (43).

Llama la atención, asimismo, que el voto de la mayoría mencione el caso “Marbury vs. Madison” (44) señalando: “Tan excepcional es la creación del control de constitucionalidad como la circunstancia de que el juez Marshall consideró conveniente hacerlo en una causa en la que no solamente se declaró incompetente, sino que ya se había vuelto abstracta, dado que al momento de dictarse la sentencia el mandato de William Marbury como juez de paz del distrito de Columbia ya había terminado”, dando a entender con ello (erradamente) que en un asunto tan importante como este, la Corte Su-

tenida en cuenta por las autoridades nacionales y provinciales. Es un poder político, no cabe duda, pero no toma decisiones previas ni conjuntas con los poderes políticos del Estado. No es (reitero) un asesor o una consultora” IBARLUCÍA, Emilio, “La exigencia del ‘caso judicial’ y un peligroso precedente”, LA LEY, 28/05/2020, p. 16.

(41) Solo aparece en este voto una mención final a la competencia originaria en el consid. 8º.

(42) “La acción intentada no corresponde a la competencia de esta Corte, porque no hay ‘caso’ judicial que resolver”.

(43) “Declarar que la presentación formulada no corresponde a la competencia de esta Corte, prevista en el art. 117 de la CN, por inexistencia de caso”.

(44) 5 US 137 (1803).

prema de los Estados Unidos resolvió el caso a pesar de ser incompetente.

No fue así. En primer lugar, “Marbury” no creó el control de constitucionalidad, en todo caso aplicó una doctrina originada en los tribunales ingleses (45), aplicada luego por los tribunales estatales en el siglo XVIII, poco después de la Independencia (46), y que había sido desarrollada por Hamilton en El Federalista (47). Más aún, recientes investigaciones en los Estados Unidos han comprobado, mediante fallos hasta ahora poco conocidos, que antes de “Marbury” la Corte Suprema en los Estados Unidos había ejercido el control de constitucionalidad (48), dato este que le da pie a García Mansilla para sostener el mito de “Marbury” (49). Para no alargar esta polémica, pues es ajena al objeto de este trabajo, diré que, si bien está fuera de discusión que “Marbury” no contiene una formulación original, cuestión que los autores norteamericanos siempre han reconocido (50),

(45) Bien es sabido que los orígenes remotos de “Marbury” pueden rastrearse en el caso “Thomas Bonham” (1610) resuelto por el tribunal del Common Pleas, con Sir Edward Coke como Chief Justice. El caso ha sido ampliamente analizado en los Estados Unidos por Theodore Plucknett (Bonham’s case and judicial review, Harvard Law Review, 1926, vol. 40, p. 30) y en la Argentina por Jorge Aja Espil (“En los orígenes de la tratadística constitucional”, Ed. Abeledo Perrot, Monografías Jurídicas, Buenos Aires, 1968, cap. III). Por mi parte lo he analizado en “Control de Constitucionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2ª ed., t. 1, ps. 63-71.

(46) En español puede verse un análisis muy detallado de esta evolución inicial en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Evolución de la Justicia Constitucional”, Ed. Dykinson - Constitucional, Madrid, 2013, ps. 384-395.

(47) La cuestión está desarrollada principalmente en los caps. 78 y 82.

(48) WHITTINGTON, Keith E., “Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present”, University Press of Kansas, 2019.

(49) GARCÍA MANSILLA, Manuel, “Los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad” (en prensa).

(50) Entre otros: SCHWARTZ, Bernard, “A Commentary on the Constitution of the United States”, The Macmillan Co, New York, 1963, vol. 1, p. 18; CLINTON, Robert L. “Marbury vs. Madison and Judicial Review”, University Press of Kansas, 1989, ver caps. 3 y 4; y SNOWISS, Sylvia, “Judicial review and the Law of the Constitution”, Yale University Press, New Haven and London, 1990, ver en particular los caps. 2 y 3.

nada de ello compromete su condición de *leading case* en la materia (51).

En segundo lugar, y esto sí es importante a los fines de mi comentario, en “Marbury” la Corte resolvió que era incompetente porque declaró la inconstitucionalidad de la sección 13 de la Judiciary Act de 1789 que (según la interpretación del Chief Justice Marshall, inspirador del fallo) ampliaba la jurisdicción originaria de la Corte para emitir *writ of mandamus* a los funcionarios del gobierno federal. Por lo tanto, no es correcto sostener que la Corte resolvió el caso a pesar de ser incompetente, sino que su incompetencia nace de la sentencia misma, que declaró la inconstitucionalidad de la ley que le otorgaba competencia.

Así, aplicando estrictamente las reglas de “Marbury”, seguidas muy de cerca por la Corte Suprema argentina en Eduardo Sojo (52), la consulta del Senado debería haber sido rechazada, simplemente, porque con ella se pretendía ampliar la competencia originaria del Tribunal a un supuesto no contemplado por el art. 117 de la CN. Por ello, en lugar de hacer un gran esfuerzo argumental para justificar por qué se respondía la consulta, a pesar de la inexistencia de caso judicial, sentando con ello un mal precedente, la Corte Suprema podría haberse declarado incompetente. Nada de ello le hubiera impedido escribir, en un breve *obiter* que, dadas las extraordinarias circunstancias actuales, las sesiones virtuales no merecen objeción constitucional.

#### IV.4. Un planteo adecuado a nuestro modelo judicial

Una vez más, es necesario recordar que nuestra Constitución establece un sistema judicialista, tal como lo ha enfatizado Juan Carlos Cassagne en numerosas ocasiones (53). Esto

(51) No siempre el *leading case* es cronológicamente el primer caso. Por mencionar tan solo un ejemplo, “Eduardo Sojo”, Fallos 32-120 (1887), ha pasado a la historia como el *leading* en control de constitucionalidad, pero la cuestión ya estaba planteada en “Caffarena c. Banco el Rosario de Santa Fe”, Fallos.

(52) Citado en nota anterior.

(53) Por todas ellas cito la obra que recopila y centraliza su pensamiento: CASSAGNE, Juan C., “Curso de De-

implica que la garantía, para nosotros, consiste en que los jueces controlan a la Administración, a la inversa de lo que ocurre en Francia donde, como resultado del sistema de la doble jurisdicción, los jueces no pueden ejercer ese control. Para los franceses esta garantía consiste en que los jueces no pueden controlar a la Administración pues, si lo hicieran, administrarían (54). Para nosotros, el reaseguro constitucional es que el Poder Ejecutivo no interfiere en las causas judiciales (55).

Nuestro sistema de control judicial, sin embargo, tiene limitaciones que nacen de la separación de poderes y, entre ellas, la más importante, es que los jueces solo pueden ejercer este control si existe un caso judicial. Así, el “caso judicial” es el valladar de contención para mantener el equilibrio de poderes. Es por ello que la Corte Suprema ha dicho y repetido que “*la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes*” (56), principio que reiteran, tan-

recho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. II, ps. 666-667.

(54) CASSAGNE, obra citada en nota anterior, p. 665.

(55) Art. 109. “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

(56) Entre otros: “Fernando Bazán”, Fallos 342-509 (2019); “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. Estado Nacional”, Fallos 341-1717 (2018); “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería”, Fallos 339-1077 (2016); “P., A. c. Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas”, Fallos 338-488 (2015); “Badaro c. ANSeS”, Fallos 329-3089 (2006); “El Muelle Place SRL c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 329-1675 (2006); “Brandi c. Provincia de Mendoza”, Fallos 328-3573 (2005); “Eduardo Moliné O’Connor”, Fallos 327-2048 (2004); “Partido Demócrata Progresista c. Provincia de Santa Fe”, Fallos 326-2004 (2003); “Bussi c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados)”, Fallos 324-3358 (2001); “Roberto Felicetti”, Fallos 323-4130 (2000); “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional (PEN)”, Fallos 321-1187 (1998); “PRODELCO c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 321-1252 (1998); “Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación”, Fallos 320-2851 (1997); “Néstor H. Buján”, Fallos 319-324 (1996); “Polino c. Poder Ejecutivo”, Fallos 317-335 (1994); “Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 317-126 (1994); “Alberto Oscar Nicosia”, Fallos

to el voto de la mayoría (57) como el del juez Rosatti (58) al responder la consulta del Senado, pese a que, en mi opinión, esta vez no lo aplican.

Podemos preguntarnos, entonces, si existía para el Senado alguna forma de obtener una decisión de la Corte que resolviera sus dudas, sin alterar las reglas básicas del caso judicial, ni ampliar tampoco la competencia originaria de la Corte. Creo que sí y la solución no parece ser tan compleja.

Cuando no existe un caso y se necesita una decisión judicial, una antigua práctica forense aconseja provocarlo. Siguiendo esta usanza, el Congreso podría haberse reunido en sesiones virtuales y haber sancionado, a modo de *test*, una ley de escasa importancia. Inmediatamente, incluso antes de ser promulgada la ley, cualquier ciudadano alcanzado por la ley o, incluso, un legislador que no la hubiera votado, podría haber impugnado la sanción virtual.

Planteada la demanda, el Estado nacional, por vía del Congreso, invocando la gravedad institucional de la cuestión, podría haber interpuesto un recurso extraordinario por salto de instancia, bajo lo establecido en los arts. 257, 257 bis y 257 ter del Cód. Proc. Civ. y Com. Si bien para pedir la avocación *per saltum* de la Corte Suprema se requiere, previamente, el dictado de una sentencia de primera instancia (59), una decisión cautelar en primera instancia hubiera sido suficiente a estos fines (60).

316-2940 (1993); “Kreimbohn c. Caja Administradora del Fondo Especial del Seguro”, Fallos 316-2732 (1993); “Molinas c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 314-1091 (1991); “Sánchez Abelenda c. Ediciones de la Urraca SA”, Fallos 211-2553 (1988); “Baricalla de Cisilotto c. Nación Argentina”, Fallos 310-112 (1987); “Victor Rolón Zappa”, Fallos 308-1848 (1986).

(57) Consid. 13, párr. 4º.

(58) Consid. 14, párr. 4º.

(59) Art. 257 ter. “El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez [10] días de notificada la resolución impugnada”.

(60) De acuerdo con el art. 257 bis, párr. 3º, “Solo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las

Más aún, si se hubiera planteado un amparo, la mera interposición del recurso hubiera suspendido los efectos de la medida por aplicación del art. 15 de la ley 16.986 y, en todo caso, de acuerdo con el art. 257 ter, párr. 3º: “El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida”.

Inducido o no, un planteo de este tipo sería legítimo y hubiera ofrecido a la Corte Suprema una oportunidad procesalmente incuestionable para resolver el caso, sin tener que ejercer una jurisdicción consultiva que no le compete. Descarto que quienes diseñaron en el Senado la estrategia de la consulta, son profesionales capaces y expertos que, muy probablemente, evaluaron esta alternativa, lo que no imagino son las razones por las cuales la descartaron.

#### IV.5. La tentación por un tribunal constitucional

En la Argentina, cada tanto, reverdece la idea de instalar un tribunal constitucional de estilo europeo. Si bien esta podría ser una oportunidad tentadora para que esas voces se escuchen nuevamente, tal propuesta siempre me ha parecido errónea.

Nuestro sistema constitucional está estructurado sobre bases diferentes a las que sustentan los sistemas constitucionales europeos, porque en unos y otros la separación de poderes es diferente. La Constitución nacional está moldeada sobre el “principio basal de la división de poderes” (61) que es “el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco” (62). Este equilibrio de fuerzas entre los poderes no constituye una preocupación esencial en los sistemas europeos (63), pero es vital para nosotros

resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares”.

(61) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería”, Fallos 339-1077 (2016). Consid. 26.

(62) “Consumidores Argentinos c. Estado Nacional”, Fallos 333-633 (2010).

(63) No debe confundirse la independencia de los jueces, que es una preocupación en los sistemas europeos,

y se alteraría si se privara a los jueces de ejercer el control constitucional y se lo transfiriera a un tribunal constitucional.

Tampoco estoy muy convencido de que los sistemas mixtos (64) ofrezcan soluciones prácticas o convenientes. Tengo la impresión de que ninguna de ellos supera la claridad y sencillez de nuestro sistema, puesto a prueba y funcionando desde hace más de siglo y medio.

## V. Conclusiones

Nada ha cambiado. Lo más importante a tener en cuenta, es que el ejercicio de la jurisdicción consultiva de Corte Suprema como respuesta a la consulta del Senado, es un episodio espasmódico en la vida del Tribunal. Para el resto de los mortales, la jurisprudencia seguirá siendo la misma, *business as usual*. El mensaje enviado en este sentido es muy claro.

No esperemos que la Corte salga nuevamente a escena personificando al Consejo de Estado francés, ni creamos ser destinatarios, en adelante, de la especial ofrenda de las consideraciones

---

España es un claro ejemplo de ello, con el equilibrio de fuerzas entre de los poderes.

(64) Tal, p. ej., el de la “sala constitucional” en la Corte Suprema (Constitución del Paraguay, art. 260), o el de la coexistencia del control difuso con un Tribunal Constitucional (Constitución del Perú, arts. 138 y 201-204).

colaborativas. Estos espacios mágicos tienen edición muy limitada.

Como es habitual, deberemos seguir siendo muy cuidadosos al promover una acción declarativa y verificar que existe un “acto en ciernes”, pues esta es la válvula mediante la cual el Tribunal controla, celosamente, el acceso de la muchedumbre que se agolpa ante sus umbrales.

Tampoco ha variado el aforo restrictivo de la competencia originaria. El silencio sobre este punto no es un cambio de rumbo, en todo caso, es su confirmación tácita.

Además de estas reflexiones, tal vez un poco pedestres, quiero mencionar, para pensarla, una frase que aparece en el consid. 15, punto 7, del voto del juez Rosatti, donde resume su respuesta a la consulta: “La Constitución Argentina (dice) tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas”.

Esta es una espada de doble filo. Por un lado, toda construcción jurídica debe tener lugar dentro de los límites de la Constitución. No tengo duda alguna, que esta es la buena intención que desea transmitir el juez Rosatti. Seamos conscientes, sin embargo, para no cortarnos con el otro filo, de cuáles son esos límites, ni hagamos un esfuerzo por estirarlos peligrosamente, pues la Constitución es un “árbol viviente”, por cierto, pero sus ramas y raíces no son ilimitadas.

# Control judicial en estado de emergencia por pandemia

Alberto Biglieri (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Estado de emergencia.— III. Potestades extraordinarias.— IV. Control judicial.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

Los programas de estudio y las agendas de discusión que impulsan el normal y habitual desarrollo de la ciencia del derecho quedan soslayados o inclusive se ven suspendidos ante asuntos de actualidad de especial trascendencia, que atraviesan a la sociedad de forma horizontal.

Asistimos a una crisis global producto de la propagación del virus COVID-19, declarada como una pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (1), organismo internacional de máxima autoridad sanitaria, que ha provocado en las autoridades estatales de los países afectados diversas reacciones para preservar la salud de sus habitantes.

Nuestro país no ha sido la excepción, y ante el incierto escenario que plantea esta crisis se han adoptado medidas de emergencia lideradas por el Gobierno nacional en colaboración con los gobiernos subfederales, que dieron comienzo con la declaración de emergencia pública y alcanzaron su mayor intensidad con el establecimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, mediante decretos de necesidad y urgencia 260/2020 y 297/2020 (2), respectivamente.

(\*) Con la colaboración de Andrés Berkoff, Agustín Pérez Acquisto, Martín Casares, Marcelo Faccone y Romina Lara. Con un agradecimiento especial por las horas dedicadas a la investigación de la jurisprudencia y doctrina citada.

(1) Declaración de la Organización Mundial de la Salud del 11 de marzo de 2020.

(2) Y modificatorios DNU 311, 312, 313, 316, 319, 320, 325, 326, 329, 331, 347, 355 y 367/2020.

En este estado de situación, y durante la prolongación de las medidas de aislamiento obligatorio, vemos multiplicarse las causas judiciales generadas por efecto de las medidas que resulten necesarias para administrar el estado de emergencia.

Por ello, parece oportuno repasar y analizar la relación entre los poderes del estado en estas circunstancias de excepción, en particular las potestades extraordinarias del administrador y los alcances del control judicial sobre su adecuada y razonable utilización.

## II. Estado de emergencia

En primer lugar, para los fines propuestos conviene encuadrar correctamente lo que se puede entender como estado de emergencia, atendiendo las excepcionales circunstancias de hecho que se deben configurar conforme a los supuestos establecidos por la Constitución Nacional.

La Ley Fundamental, en su art. 23 prevé casos de “conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución o de las autoridades creadas por ella” y para esas circunstancias acuerda el remedio del estado de sitio.

Luego, en los arts. 75 (incs. 25 y 29) y 99 (incs. 15 y 16), establece en los órganos políticos creados por la Constitución, el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo de la Nación, las atribuciones para determinar cuándo se configuran los presupuestos previstos y para hacer efectivos los remedios contemplados para las mencionadas circunstancias excepcionales.

A partir de la última Reforma Constitucional, del año 1994, se incorporaron la “emergencia pública” y las “razones de necesidad y urgencia”, en los actuales arts. 76 y 99 (inc. 3º) respectivamente, ampliando el marco normativo para los decretos delegados y de necesidad y urgencia, que ya habían sido favorablemente recibidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (3).

Es de destacar que todos los supuestos de emergencia previstos requieren de parte de los órganos políticos la determinación del estado de emergencia, a raíz de la comprobación de las excepcionales circunstancias de hecho, y su posterior administración en esa misma línea.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha producido numerosa jurisprudencia que nos permite definir con mayor precisión el contorno de este concepto jurídico.

En ese sentido, el Máximo Tribunal ha reconocido diversos supuestos de hecho como “la existencia de una crisis o un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos o de otra índole” (4), “[c]uando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país” (5), o “situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza” (6).

Podemos decir, entonces, que el estado de emergencia se puede configurar por diversas situaciones, pero tanto la normativa como la casuística y su correspondiente jurisprudencia comparte características comunes. Con mayor claridad Sagüés afirma: “La emergencia se caracteriza por su modo de ser extraordinario, grave y amplio en sus efectos, y la urgencia imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla” (7).

(3) CS, “Delfino”, CS, Fallos: 148:430, id., “Prattico”, CS, Fallos: 246:345, id., “Peralta”, CS, Fallos: 313:1513.

(4) CS, “Russo”, CS, Fallos: 243:467.

(5) CS, “Videla Cuello”, CS, Fallos: 313:1638.

(6) CS, “Bustos”, CS, Fallos: 327:4495.

(7) SAGÜÉS Néstor P., “Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, 2017, t. 2 (El Estatuto del Poder), ps. 702-716.

### III. Potestades extraordinarias

Los efectos institucionales de lo que podemos llamar una doctrina estatal de la emergencia, desde una perspectiva de la teoría constitucional, nos remite a la organización política, administrativa y jurídica del Estado.

Una de las principales características del estado de emergencia es la reconfiguración de las competencias legales y funcionales asignadas por la constitución. Esto se da tanto con un desplazamiento de las potestades de los órganos constitucionales de unos a otros (poder legislativo a poder ejecutivo), como con un acrecentamiento de esas potestades y consecuente disminución de las libertades individuales (8).

Los fundamentos normativos de estas potestades extraordinarias los mencionamos recientemente al repasar los instrumentos constitucionales de la emergencia, declaración de guerra y estado de sitio, reglamentos delegados y decretos de necesidad y urgencia, entre otros. Pero es aún más relevante en este punto revisar los fundamentos intrínsecos de lo que la Corte Suprema admitió como el ejercicio de los poderes del Estado “en forma más enérgica que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad” (9).

Los supuestos del estado de necesidad por emergencia responden a una serie de peligros a los que se ve sometida la sociedad en su conjunto o el propio funcionamiento de las instituciones que esa misma sociedad ha elegido para su funcionamiento y gobierno. Las potestades extraordinarias en estas especiales ocasiones podrán disminuir las libertades individuales para hacer frente a ese peligro por el bien común. Sobre ello Hutchinson explica: “El estado de normalidad no es igual que el de excepción o emergencia y en este está en juego el interés general sobre el particular y la supervivencia del sistema y de sus instituciones” (10).

(8) Ibidem.

(9) CS, “Martini”, CS, Fallos: 200:450.

(10) HUTCHINSON, Tomás, “La Emergencia y el Estado de Derecho”, Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica, 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 27-60.

En palabras de nuestro Máximo Tribunal “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios” (11), y “la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos” (12).

En definitiva, son los órganos políticos quienes están facultados para declarar los estados de necesidad y esto conlleva la facultad y el deber de adoptar los remedios necesarios hasta la superación de ese estado.

Así lo expresa la Corte Suprema al decidir sobre los poderes del Gobierno nacional en el marco de la Segunda Guerra Mundial, en su precedente del año 1948 “Merck” (13), citando a la Suprema Corte de los Estados Unidos: “el poder de declarar la guerra presupone el derecho de hacer la guerra. El poder de declarar la guerra, necesariamente envuelve el poder de llevarla adelante y este implica los medios” (14).

En ese sentido, ante situaciones de emergencia las medidas que pueden y deben adoptar los poderes políticos, legislativo o ejecutivo, necesariamente incluyen el conjunto de normas y de acciones que se dicten y ejecuten en consecuencia (15).

Es importante destacar en este punto que ese conjunto de normas y acciones podría extenderse a los de gobiernos provinciales, cuando estos actúen como agentes del Estado federal, a los fines impulsados por las autoridades de este último en el marco de la emergencia, conforme las responsabilidades consagradas en el art. 128 de la CN.

#### IV. Control judicial

Ante los escenarios que plantea el estado de emergencia y las particularidades que hemos detallado, los órganos del poder judicial tendrán un rol de control sobre las medidas y acciones adoptadas por los otros poderes del Estado.

(11) CS, “Galli”, CS, Fallos: 328:690.

(12) CS, “Videla Cuello”, CS, Fallos: 313:1638.

(13) CS, “Merck”, CS, Fallos: 211:162 y 193.

(14) Corte Suprema de los Estados Unidos, “Kneederler c. Lane” (1863).

(15) CS, “Videla Cuello”, CS, Fallos: 313:1638.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce que la legislación de emergencia, su gravedad y las medidas que se escogen para remediarla están exentas del control judicial para revisar la decisión o la oportunidad de aplicación de aquellas medidas.

En tal sentido, el máximo tribunal ha expresado que “los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad” (16).

Los especialistas coinciden en que el control del poder judicial es necesario, pero no debe ser sobre lo que se entiende por cuestiones políticas, las que se encuentran reservadas para los poderes políticos (17).

En palabras de Rossatti, “[e]ste control, dentro de la esfera judicial, no debe incursionar en el primer nivel de análisis (fundamentos políticos —oportunidad, mérito o conveniencia— de la declaración de la emergencia), pero sí debe ingresar —hasta donde le sea posible— en el segundo nivel de análisis (consistencia de las medidas propuestas en orden a la emergencia dispuesta y en atención a los derechos e intereses en juego) y lógicamente debe penetrar inexcusablemente en la ponderación de la razonabilidad y pertinencia de la aplicación de lo dispuesto en los casos concretos” (18).

En esos términos podemos delinear los aspectos de la emergencia y los actos de gobierno que derivan de esta que sí se encuentran sujetos a control, es decir fuera de la esfera de reserva

(16) CS, “Ferrer”, CS, Fallos: 308:2246.

(17) SESÍN, Juan D., “La Emergencia dentro de la Constitución. Control Judicial”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública — RAP, 309:91: “El control del juez termina al comprobar que se ha elegido una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho, no pudiendo revisar ni sustituir el núcleo político discrecional interno, esto es, el porqué de un remedio en lugar de otro. Tales aspectos entran dentro del ámbito de reserva del ‘legislador’ o del ‘administrador’, en su caso”.

(18) ROSATTI, Horacio D., “EL Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino”, Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica, 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 79-104.

de la administración. Estos son la acreditación de las circunstancias de hecho que causan el estado de necesidad, la proporcionalidad y razonabilidad entre los efectos de la emergencia y las medidas adoptadas para atenuarlos o suprimirlos.

En ese sentido, Hutchinson dice: “Es un acto político sujeto a control de razonabilidad, proporcionalidad y arbitrariedad por parte de la autoridad judicial” (19).

Una situación de especial relevancia durante la labor de los jueces en su efectivo control constitucional sobre los actos y medidas en tiempo de emergencia es, sin duda, la prudencia en la importante tarea de control, con respeto al principio de la división de poderes. La emergencia erige un propio sistema regulatorio en el cual la distribución de funciones de los órganos estatales debe lucir con la mayor independencia y la menor injerencia posible. Se instala un nuevo horizonte (emergente y pasajero) de finalidades públicas que no se puede obstaculizar por tensiones particulares o sectoriales. En tiempos así, el legislador suma responsabilidad y debe esforzarse en su tarea el ejercicio de un control *a priori* de juridicidad de las normas marco de la emergencia con las que habilita las actividades exorbitantes de la administración de la emergencia.

En ese sentido, es útil recordar la regla o teoría de la deferencia, reconocida doctrina del derecho administrativo en los tribunales de los Estados Unidos (20).

Según Bianchi, el alcance de la regla citada se puede enunciar en la frase “la interpretación administrativa de los términos de una ley tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor, a menos que aquella sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea” (21).

(19) HUTCHINSON Tomás, ob. cit.

(20) BIANCHI, Alberto B., “La intervención estatal y los nuevos derechos en la era de Franklin D. Roosevelt”, RDA 56-371 (2006).

(21) BIANCHI, Alberto B., “El control constitucional de los reglamentos delegados (una comparación entre la Argentina y los Estados Unidos)”, RDA-2014-91, 01/02/2014, 43.

En lo que se refiere a las atribuciones de los jueces en situaciones de emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como adelantamos, ha sentado un claro criterio en el renombrado caso “Bustos” (22), en el que señaló: “Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar”.

Es, en definitiva, un razonamiento que ordena a las pretensiones individuales para que sean meritadas teniendo en cuenta la situación del país en el momento del acontecimiento de los hechos; de lo contrario “sería gravemente imprudente dejar de considerar las consecuencias de un fallo de esa Corte en las presentes circunstancias un *fiat iustia paream ego perem mundis*, hacer justicia aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llama justicia” (23).

Además de la cita anterior, Alberto Bianchi señaló en más de una oportunidad que, en casos de gran importancia institucional, el Poder Judicial, al igual que sucede en el caso norteamericano, concede un alto grado de deferencia o tolerancia a las interpretaciones administrativas de los términos de una ley, teniendo esta última un peso decisivo en la decisión del tribunal revisor, a menos que ella sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea (24).

El mismo Tribunal Supremo ha entendido la intensidad para la aplicación de ese criterio como una presunción de constitucionalidad de los remedios dispuestos por el Estado para afrontar una emergencia (25).

(22) CS, “Bustos”, CS, Fallos: 327:4495.

(23) CS, “Bustos”, CS, Fallos: 327:4495.

(24) BIANCHI, Alberto B., “El control constitucional...”, ob. cit.

(25) CS, “Cocchia”, CS, Fallos: 316:2624.

Respecto del control de constitucionalidad en el marco de aplicación de medidas cautelares, que pudieran hacer perder vigencia o tornar ineficaces los actos dictados por los órganos políticos, la Corte Suprema ha establecido la necesidad de aplicar criterios especialmente estrictos para su evaluación, en pos de salvaguardar el principio constitucional de división de poderes (26).

Y debe primar ese criterio preferentemente cuando se trata de medidas cautelares interpuestas en situación de emergencia, contra normas dictadas a efectos de superar esa situación.

Un dato de color ofrece la judicialización previa de las medidas que hacen falta para propender al normal funcionamiento de la vida institucional de la Nación. Recientemente, nuestro superior tribunal, en el fallo “Fernández de Kirchner”, ha reafirmado la competencia de autorregulación del Poder Legislativo. Sosteniendo que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de los otros Poderes del Estado, aún en tiempos de emergencias como el actual, que impulsó la consulta del Senado de la Nación y que fuera desestimada con una serie de observaciones enroladas en las reservas competenciales enunciadas.

Según la Corte, estas excepciones comparan las premisas constitucionales “un sistema de poderes limitados”, y la tarea de los jueces de “determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de las que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros poderes del Estado”; y a su vez estableció que esa fue “la forma de equilibrar la referida tensión entre el valor republicano y el valor de la supremacía de la Constitución Nacional” (27). A estas tensiones, nos volveremos a referir inmediateamente en las conclusiones de este trabajo. En otros ámbitos, claro que con menos complejidad geográfica que la que involucra la representación territorial de los Diputados y Senadores de la Nación, se han reglamentado sesiones virtuales o semipresenciales para

(26) CS, “Thomas”, CS, Fallos: 333:1023.

(27) CS, “Fernández de Kirchner”, fallo del 24 de abril de 2020.

continuar con la gestión cotidiana de las responsabilidades de instituciones cuyos órganos decisores necesitan indispensablemente de conformación de quorum y sistemas de mayorías para sesionar y resolver. Lo que se conoce como conformación de voluntad del órgano colegiado, ha sido establecido en conjunción con las herramientas tecnológicas disponibles e incluso con la aplicación de la firma digital de los responsables, como en los casos de la Legislatura (28) y el Consejo de la Magistratura (29) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resumiendo, entonces, la regla o teoría de la deferencia se muestra como un criterio de interpretación de los actos habituales de la autoridad administrativa, especialmente relevante para la evaluación de medidas o acciones adoptadas por el administrador en tiempos de emergencia, ya que se deberá revisar si se ajustan o no a la Constitución siguiendo una *lógica de la emergencia y no una lógica de la normalidad* (30).

## V. Conclusiones

Es un evidente objetivo de la Administración Central que la circulación de contagiados sea reducida a los mínimos indispensables como aconseja la OMS, y someter la modalidad de atención a una decisión judicial, aún con el soporte de una opinión médica particular, no puede atentar contra el cuidado social que el orden protocolar establecido protege.

La lógica del amparo no puede tampoco alentar a que cualquier funcionario de cualquier fuero o jurisdicción, ordene alterar un complejo esquema coordinado desde la planificación científica y desde la colaboración política que corresponde a un sistema federal. La responsabilidad social del ahora, impone mayor restricción a la interpretación básica de la caute-

(28) Reformó su reglamento de funcionamiento con base en un proyecto de Leandro Halperin y María Rosa Muñíos. <https://www.legislatura.gov.ar/posts/ratifican-los-dnu-del-jefe-de-gobierno-por-la-pandemia1109.html>.

(29) Res. Presidencia CMCABA 343/2020, <https://consejo.jusbaires.gov.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/4F45F77445B37F68592A42F75F8B35AC>.

(30) SAGÜÉS, Néstor P., ob. cit., t. 2 (El Estatuto del Poder), ps. 702-716.

laridad. En esta ocasión, sin necesidad de declaración alguna de estado de sitio, deberá primar un criterio consciente de la responsabilidad que requiere afrontar la crisis con una estrategia común, sofisticada, coordinada y colaborativa.

El control judicial deberá ser ejercido con la máxima prudencia, pues cualquier resolución judicial que, desde la individualidad de un caso conmueva, altere o modifique las instrucciones del *triage* (31) pondrá en riesgo el sistema en su totalidad.

No podemos olvidar, sin embargo, que la gestión de una crisis global, como esta, no puede estar sometida a visiones parciales, particulares o desprovistas del conocimiento científico indispensable para coordinar los criterios sanitarios útiles hacia el único fin público y deseable que es el de contar, tras el paso de la crisis, con el menor índice de mortalidad posible. Es esa evidencia científica la que tomará especial relevancia el realizar el *test* de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Hay otro abordaje posible, digamos, poco jurídico, pero más representativo que el científico, y siempre alejado del jurisdiccional y que aparece en las investigaciones sobre la toma de decisiones económicas y sus sesgos o heurística de la disponibilidad, justamente en una discusión entre análisis de riesgos de vida.

Es que la lógica de deferencia o democracia es un debate que ha llegado hasta las entrañas mismas de las doctrinas que estudian la economía. El Nobel Kahneman parafrasea a Paul Slovik (32) cuando “arguye que el público tiene un concepto más rico de los riesgos que los expertos. Por eso se opone resueltamente a la idea de

(31) “El triage es un sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencia, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles. Esto permite una gestión del riesgo clínico para optimizar la atención y la seguridad de las personas”, [http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001849cnt-covid-19\\_recomendaciones-implementation-triage.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001849cnt-covid-19_recomendaciones-implementation-triage.pdf).

(32) SLOVIK, Paul, “The perception of risk”, Ed. Earth Scan, Sterling, VA, 2000. Citado por KAHNEMAN, Daniel, en “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2012.

que los expertos deben mandar y sus opiniones han de aceptarse sin objeción cuando están en conflicto con las opiniones y los deseos de otros ciudadanos” (33). Y como el pueblo no delibera ni gobierna si no a través de sus representantes, volvemos a la esfera constitucional y las reflexiones en las que veníamos.

El impacto del COVID-19 es hoy día la principal cuestión de Estado y la política pública aplicable a su control implica la necesidad ineludible de centralizar y controlar los recursos humanos, instrumentales, físicos, presupuestarios y financieros.

En estos momentos críticos, las decisiones administrativas estarán elevadas al altar de la jurisdicción primaria de la que gozan las agencias en el derecho estadounidense. La teoría de la deferencia deberá estar vigente como un derecho positivo en nuestro país, y la coordinación de los recursos públicos no podrá estar sujeta a la tentación jurisdiccional de creer que vivimos en tiempos de normalidad.

No hay humo de buen derecho en un reclamo particular que desestabilice un programa de contención y tratamiento de la pandemia como el que se está implementado por la batería de DNU, decretos, decisiones administrativas, resoluciones y disposiciones de los gobiernos nacionales y locales ante la pandemia.

También se deberá tomar nota que la velocidad de los hechos ante una crisis sanitaria como la que vivimos invita a oír a la administración. Las medidas *inaudita parte* aparecen poco comprensibles en un mundo interconectado las 24 horas del día, en el que los jueces pueden correr traslados en cuestión de minutos. Como ejemplo, el caso “Lanzieri” (34), que obtuvo notoriedad por impedir la restricción a los mayores de 70 años que impulsaba el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires obtuvo fue notificado, e inmediatamente acatado sin apelación por parte del GCBA. Un “diálogo” entre regulación y control que no llegó a enredarse en el laberinto de las instancias y los efectos de los recursos.

(33) KAHNEMAN, Daniel, ob. cit., p. 188.

(34) Expte. 3045/2020-0. Juzgado CAyT 14, Secretaría 27, CABA.

Y finalmente, o quizás como tema inicial, el peligro en la demora es el instituto que está en boca de todos, mientras la disponibilidad de infraestructura sanitaria esté jaqueada por esta u otra pandemia. Cada petición, cada familia en búsqueda de un remedio judicial, argumentará con una lógica sensiblemente razonable su pretensión sobre el riesgo de vida y el derecho a la salud.

Pero antes que todo ello debe primar la comunidad organizada, poniendo a la vista la organización estatal responsable para hacer frente a los momentos de máxima incertidumbre, donde los recursos son (y siempre serán) finitos, para hacer frente a expectativas infinitas.

Es por todo ello que las autoridades de la salud pública deben ser merecedoras de la deferencia que desde aquí exhortamos. Luego habrá tiempo para ejercer los dispositivos de control sobre las decisiones tomadas. El peligro en la demora particular cede ante el peligro a demorar la toma de decisiones que esta vez, solo puede quedar en manos de las autoridades sanitarias y el sentido de la oportunidad que ellas impongan. La administración es la única responsable del accionar ante la pandemia.

Estamos ante una situación excepcional y la vida de los argentinos es un único bien social.

# Coronavirus: emergencia sanitaria y económica

Carlos Botassi

**Sumario:** I. Introducción.— II. Emergencia.— III. El caso argentino.— IV. Emergencia sanitaria.— V. Emergencia económica.— VI. Cierre.

## I. Introducción

La tecnología permitió al hombre llegar a la Luna y poner en marcha un robot que explora la superficie de Marte. Ahora comprobamos que esos y otros prodigios tecnológicos no tuvieron su réplica en materia sanitaria como para evitar que un virus microscópico, medible en nanómetros (millonésima parte de un milímetro), ponga en jaque a la humanidad. El COVID-19 (con mayor intensidad que las pandemias anteriores) nos mostró la fragilidad de la especie humana.

La catástrofe también colocó a la vista algunos desvaríos de las naciones líderes. Según el informe del Instituto Internacional de Estudios para la Paz con sede en Estocolmo, en los tiempos presentes se advierte “un regreso a la carrera armamentista de las grandes potencias”. Se presentan entonces dramáticas paradojas. En el año 2019, China, donde comenzó todo, tuvo gastos militares por 261.000 millones de dólares. EE.UU., el país más afectado con más de dos millones de contagiados y 115.000 muertos (1), destinó casi el triple: 732.000 millones de dólares. De cada 3 niños desnutridos en el mundo, uno vive en la India. Sin embargo, ocupa el tercer lugar en gastos militares con 71.100 millones de dólares, siempre en el año 2019.

La pandemia desatada a fines de 2019 y que alcanzara proporciones alarmantes durante el primer semestre de 2020 debe ser examinada desde varias disciplinas, además, naturalmente, de la medicina. El fenómeno abarca ámbitos estrechamente vinculados: sociología, psicología, economía y derecho. En este último andari-

vel, según las ramas de la ciencia jurídica que se transite surgirán esenciales interrogantes provocados por una crisis universal nunca vista.

Quienes se inclinan por el derecho privado atienden las consecuencias en las relaciones bilaterales (régimen de visitas de hijos menores; locadores y locatarios; acreedores y deudores). Los estudiosos del derecho penal especulan sobre la tipificación de las conductas que violan las medidas restrictivas tendientes a mitigar los efectos de la enfermedad. Quienes se dedican al derecho laboral estudian si, además de los trabajadores de la salud, quienes se ven contagiados por estar obligados a circular (policías, bomberos, personas afectadas a servicios públicos esenciales) han contraído una enfermedad laboral y cuál será la suerte de los trabajadores despedidos a causa de la recesión que paraliza al comercio y a la industria. Los cultores del derecho público son interpelados sobre los alcances de la emergencia y hasta dónde podrán llegar legítimamente las limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. La clásica oposición entre autoridad y libertad exige ahora un análisis más empírico que teórico y frente a una cuestión de vida o muerte (en el sentido más literal de la expresión) pareciera que el sacrificio de ciertos contenidos del ordenamiento jurídico resulta inevitable.

## II. Emergencia

Cabe definir la emergencia como el hecho, circunstancia, evento o acontecimiento que puede calificarse como peripecia o catástrofe extraordinaria, que resulta imprevisible o que siendo previsible no permite neutralizar sus efectos dañinos que afectan uno o más campos de la vida social, produciendo un quiebre o ruptura de la

(1) Cifras de junio de 2020.

normalidad institucional del Estado y de las relaciones socioeconómicas de su población.

Rosanvallon, bajo el rótulo de “estado de excepción”, advirtió que la emergencia y su excepcionalidad no dependen de la voluntad de los gobernantes sino del hecho objetivo de una “brutalización de la realidad, por ejemplo, cuando estalla un conflicto armado o se produce una catástrofe”. Como siempre, y esta vez con fuerza rotunda, lo fáctico precede a lo jurídico y hace recordar que un orden normativo sin sobresaltos presupone la existencia de un mundo estable y previsible. Cuando irrumpen lo inesperado se produce una reacción circunstanciada que obliga a suspender el ejercicio de los derechos avanzando como nunca antes sobre la libertad de los ciudadanos. Para que los gobernantes no se sientan tentados de extender de manera ilimitada esas prerrogativas excepcionales “hay un único camino: dar un marco organizado a la gestión de un estado de emergencia”. En la antigüedad los romanos, cuando era necesario hacer frente a un problema inédito que obligaba a deshacerse de las reglas vigentes idearon una magistratura especializada en emergencia: la dictadura, que en latín no remite a la idea de un poder despótico ya que *dictator* provenía de *dictare*, dar verbalmente las ordenes que deben obedecerse urgentemente sin que se requieran leyes escritas (2).

En términos estrictamente jurídicos la “emergencia” o con mayor precisión el “derecho de la emergencia” provoca dos variantes respecto de la habitualidad del ordenamiento vigente. En primer lugar, introduce reformas en la organización política del Estado, alterando la forma de ejercicio del poder. Es tradicional que el Poder Ejecutivo asuma funciones que la Constitución atribuye al Poder Legislativo. En segundo término, los ciudadanos ven suspendido el ejercicio de derechos esenciales. En la historia argentina reciente se destacan los casos de pesificación de colocaciones financieras en dólares y la prohibición de retiros de depósitos bancarios. Debido al COVID-19 y a la cuarentena ordenada en su consecuencia asistimos a la restricción del de-

recho de ingresar y salir del país, del derecho de transitar, trabajar y ejercer industria lícita, enseñar y aprender, todos consagrados en el art. 14 de la CN y sus equivalentes en las Cartas provinciales.

En aplicación del “derecho de la emergencia”, la excepcionalidad de la situación legitima soluciones excepcionales: el Poder Legislativo delega expresamente facultades extraordinarias en el Poder Ejecutivo; o este dicta decretos de necesidad y urgencia en materias que son propias del Congreso, quien podrá revisarlos *a posteriori*. Al mismo tiempo decisiones de las autoridades que en tiempos de normalidad serían condenadas por inconstitucionales por avanzar exageradamente sobre los derechos y garantías individuales son asumidas como imprescindibles.

Según el ámbito de la realidad llamado a ser intervenido urgentemente por el Gobierno, removiendo “obstáculos” opuestos por el ordenamiento constitucional y legal, el término “emergencia” podrá tener diversos significados. Así suele hablarse de emergencia ecológica provocada la desertificación, las inundaciones o el calentamiento global; emergencia económica como el *default* de la deuda estatal y la hiperinflación; emergencia bélica cuando se desata una guerra (estado de sitio) y emergencia sanitaria como la pandemia que motiva este comentario.

### III. El caso argentino

Si bien nuestro país declaró su independencia de España en 1816 y sancionó su Constitución en 1853, debido a complejos sucesos históricos la organización nacional recién se produjo en 1860. Desde entonces, en los 140 años transcurridos, hemos pasado más tiempo en estado de emergencia política (3) y económica que en situación de normalidad, transformándonos en un ejemplo paradigmático de lo que Giorgio Agamben llamó “vivir en un estado de

(3) La “emergencia política” en Argentina se presentó con lamentable reiteración bajo la forma de regímenes totalitarios que accedieron al poder mediante golpes de estado mal llamados “revoluciones”, derogaron la Constitución, disolvieron el Congreso y violaron los derechos humanos cometiendo crímenes de lesa humanidad.

(2) ROSANVALLON, Pierre, “El buen gobierno”, Manantial, Buenos Aires, 2015, traducción del francés de Horacio Pons, ps. 96/97.

excepción permanente” (4). El fundamento justificante de las medidas, que se presentan como excepcionales pero que se reiteran periódicamente, es el mismo que otorga sustento al denominado “poder de policía” o potestad de intervención intensa del Poder sobre la libertad: la preeminencia del bien común, la salud o la seguridad colectiva respecto de los intereses individuales. La diferencia estriba en que las medidas de policía se adoptan en el marco regular del funcionamiento de las instituciones y sin suspender la vigencia de derechos constitucionales. En este sentido la emergencia viene a funcionar como un sistema exacerbado del poder de policía.

En el siglo XX Argentina declaró la emergencia económica una veintena de veces. Lo hizo por primera vez en su segunda década y en una problemática para proteger a quienes alquilaban inmuebles y podían quedar sin vivienda (5). Durante los primeros años del siglo XXI la emergencia económica alcanzó a todos los sectores de la población y las autoridades modificaron unilateralmente la moneda de los depósitos bancarios y de los títulos de la deuda pública, redujeron sueldos y jubilaciones, alteraron cláusulas y rescindieron todo tipo de contratos públicos.

La continua reiteración del derecho de emergencia ha hecho que resulte una cuestión muy abordada por la doctrina. La bibliografía existente es muy numerosa. Cabe recordar a título de ejemplo la obra de autores varios *El Derecho Administrativo de la Emergencia*, editada por la Fundación de Derecho Administrativo, desarro-

(4) AGAMBEN, Giorgio, “Estado de excepción”, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2ª ed., 2005; traducción del italiano por Flavia Costa e Ivana Costa, p. 14. Para este autor “el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal” y “tiene cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea” (ob. cit., ps. 24/25).

(5) El Congreso nacional sancionó en el año 1920 la ley 11.157 congelando el precio de los arrendamientos de inmuebles debido a una situación de crisis habitacional. La CS consideró que la medida era legítima y encajaba dentro de la atribución parlamentaria de regular el ejercicio del derecho de dominio de los propietarios de inmuebles para renta en la causa “Ercolano c/ Lanteri”, sentenciada el 28 de abril de 1922.

llada en cuatro tomos aparecidos entre 2002 y 2005. En ella una veintena de autores, profesores universitarios de Derecho Político, de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, estudiaron la relación política y jurídica de la emergencia con la CN; el federalismo; la deuda pública; el principio de razonabilidad; los contratos administrativos; los servicios públicos; la tutela judicial efectiva; el control de la hacienda estatal; la ejecución del presupuesto; el empleo público y los medios de comunicación.

#### IV. Emergencia sanitaria

Como antes vimos, los antecedentes del estado de excepción argentino remiten a circunstancias de crisis económicas en que las garantías constitucionales fueron suspendidas para superar el déficit financiero del Estado y otras anomalías de las finanzas públicas, cuya causa no fue una guerra o una catástrofe natural sino el resultado de una mala administración y de prácticas corruptas de hacer política (despilfarro y hurto de dineros públicos). En cambio, la emergencia decretada en marzo de 2020 obedeció al esencial objetivo de preservar la salud y la vida de la población. Aunque, como veremos a continuación, la emergencia sanitaria (6) fue más tarde complementada con medidas excepcionales en el orden económico, estas estuvieron destinadas a paliar las consecuencias de la paralización casi absoluta de la actividad comercial y de prestación de servicios.

Una crisis de semejante magnitud que amenaza al elemento esencial del Estado como es su población lo coloca en una situación de “sujeto necesitado” autorizando el empleo de remedios extraordinarios (7). El estado tiene el deber de atender la situación de excepcionalidad haciendo prevalecer el derecho a la salud de las personas en riesgo o ya afectadas, reconociendo la preponderancia objetiva del bien protegido (sa-

(6) La OMS ha señalado que una emergencia sanitaria es aquella que representa un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de un Estado, que también puede afectar a otros Estados a través de la propagación internacional de la enfermedad, y que potencialmente requiere una respuesta internacional coordinada.

(7) SAGÜES, Néstor, “Derecho Constitucional y derecho de emergencia”, La Ley 1990-D-1036.

lud pública), cualitativamente superior a los derechos individuales de cualquier índole **(8)**.

Existe un antecedente en la materia. Como parte de una serie de medidas relacionadas con la crisis económica de fines de 2001 el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 486/2002 del 13.3.2002 de "Emergencia Sanitaria Nacional", eliminando recaudos legales como la licitación pública para la adquisición de insumos médicos; control de precios en materia de medicamentos y una serie de medidas tendientes a facilitar el acceso al servicio de salud a los sectores vulnerables de la sociedad. Se advierte entonces que si bien fue rotulada como una emergencia sanitaria en realidad la crisis que lo motivó tuvo un origen económico.

La actual emergencia viene impuesta por una pandemia que afecta tanto a los países ricos (desarrollados, industrializados, del "primer mundo") como a las naciones pobres (subdesarrolladas, en vías de desarrollo, emergentes, del "tercer mundo" o como se prefiera llamarlas). A la inversa del fenómeno que motivó el dictado del DNU 486/2002, aquí la emergencia nace como "sanitaria" y (según los pronósticos de los especialistas) desembocará en una crisis económico-financiera universal como daño marginal o consecuencia no querida pero inevitable.

En el plano local puede decirse que el coronavirus COVID-19 comenzó a modificar la vida de los argentinos cuando la enfermedad ya se había expandido desde China a toda Europa, afectando en especial a Italia y España **(9)**. Al comienzo del otoño en América del Sur la pandemia era de tal magnitud que excedió el concepto de "urgencia" referido en los protocolos de la Organización Mundial de la Salud

(8) MONTI, Laura, "Las resoluciones judiciales en materia de salud en la emergencia", en El derecho administrativo en la emergencia, III, ALANIS, Sebastián D. (coord.), FDA, Buenos Aires, 2003, p. 70.

(9) Se calcula que el 90 % de la población argentina tiene al menos un antepasado europeo que llegó a estas tierras durante los siglos XIX y XX. La gran mayoría de los inmigrantes provienen de Italia y España. Ello explica la enorme conmoción que generó en nuestro país la tragedia vivida en naciones con las que nos ligamos lazos de afectos inconmensurables.

(OMS) **(10)**, encuadrando en el máximo nivel de excepcionalidad: "una situación crítica de peligro evidente para la vida del paciente y que requiere una actuación inmediata".

Los dramáticos sucesos del Viejo Continente, donde los infectados y los muertos crecieron exponencialmente día a día, hicieron que en nuestro país se adoptaran medidas urgentes por el Poder Ejecutivo prescindiendo del trámite legislativo, tratando de impedir que la enfermedad se difundiera o, al menos, que la sucesión de contagios se ralentizara. Como es lógico el Poder Ejecutivo nacional fijó un orden de prioridades dirigiendo los mayores esfuerzos a evitar la propagación del virus, sacrificando la libertad ambulatoria de las personas, cerrando escuelas, universidades, bancos, comercios e industrias **(11)**.

La cronología de los hechos, en apretada síntesis, fue la siguiente:

El 3 de marzo se registró el primer caso de coronavirus. Un residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que llegó desde Italia. Al día siguiente comenzó un operativo de prevención en el Aeropuerto de Ezeiza.

El día 7 se produjo la primera muerte en el país. Un hombre de 65 años que había regresado de Francia.

El 12 de marzo se suspendieron los arribos de vuelos provenientes de China, Europa, Japón, Corea, Irán y EE. UU.

El día 14 se prohibió el ingreso de extranjeros que hubiesen estado en zonas afectadas, aun-

(10) Según la OMS la urgencia consiste en la aparición fortuita en cualquier lugar o actividad de un problema de causa diversa y gravedad variable que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia

(11) Se trata, claro está, de elaborar una escala descendente de los intereses afectados, privilegiando las medidas en defensa de la salud postergando las exigencias del mercado o la búsqueda del equilibrio fiscal, ya que frente a la gravedad de la crisis todo aquellos que no sea instrumental para el logro del objetivo esencial deviene superfluo (FRACCHIA, Fabrizio, "Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e Diritto Amministrativo: nulla sarà più come prima?", de futura publicación en Il Diritto dell' economia).

que arribasen desde países de la región. Al día siguiente se suspendieron las clases en todos los niveles y las reuniones multitudinarias por cuestiones sociales, religiosas, artísticas, culturales y deportivas. Cesó la actividad legislativa (12), administrativa (13) y judicial del Estado (14). Las universidades comenzaron a implementar el sistema de “aula virtual” o clases a distancia.

El 19 de marzo se decretó el aislamiento preventivo y obligatorio (cuarentena) de toda la población, con excepción del personal vinculado a la salud, a la seguridad, provisión de alimentos y servicios esenciales.

El día 22 se autorizó el regreso de algunos argentinos que se hallaban varados en el exterior. Para entonces se registran 300 casos y 6 víctimas fatales. Se anuncia un auxilio estatal de \$ 10.000 a trabajadores informales.

El 25 de marzo los infectados confirmados superaron los 500 y se suspendieron los vuelos de regreso de argentinos en el exterior. Al día siguiente se cerraron las fronteras terrestres, marítimas y aéreas.

El día 29 se extendió la cuarentena hasta el 12 de abril y se convocó a médicos que quisieran vincularse con hospitales que se destinarían exclusivamente a la lucha contra el coronavirus. Solamente en la provincia de Buenos Aires, que tiene una población de cercana a los 17 millones de habitantes, para distribuirse entre sus 135 municipios, se anotaron 20.000 médicos y casi 6.000 personas para cumplir tareas de apoyo como voluntarios.

El 7 de abril los contagiados eran 1.628 y 53 las muertes. Dos meses más tarde, los padecientes de la enfermedad llegaron casi a 25.000 y los fallecidos superaron los 700.

(12) Por primera vez se implementó un sistema de sesiones parlamentarias de forma virtual sin que los legisladores se trasladen a las Cámaras de Diputados y Senadores.

(13) Cerraron todas las oficinas públicas nacionales, provinciales y municipales y dejaron de correr los términos del procedimiento administrativo.

(14) Todas las Cortes y Tribunales Superiores dispusieron el cese de la actividad judicial y la suspensión de los plazos procesales.

Al momento de establecerse por el Poder Ejecutivo, las medidas de excepción se encontraban habilitadas por una ley formal ya que, por razones de índole económica, el Parlamento que había asumido a mediados de diciembre de 2019 había sancionado la ley 27.521 del 29 de dicho mes, denominada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva de la Emergencia Pública”. Sin imaginar que la crisis que la motivaba podría más tarde vincularse con la pandemia, su artículo primero declaró “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social...”, delegando en el Poder Ejecutivo atribuciones constitucionalmente asignadas al Congreso. De manera que cuando el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó al brote del nuevo coronavirus como pandemia (15), en Argentina la emergencia sanitaria (aunque como dijimos por razones vinculadas con la eterna crisis económica) se hallaba declarada por el Poder Legislativo. Bastó entonces que el decreto del Poder Ejecutivo 297/2020 del 19 de marzo, reglamentando dicha ley 27.521, estableciera: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece 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* ... desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. Posteriormente el plazo se extendió hasta el 12 de abril (DNU 325/2020).

La cuarentena comenzó a la cero hora del día 20 de marzo y las personas debieron quedarse en el domicilio en que se encontraban en ese momento, sin salir, salvo necesidad de aprovisionarse de alimentos, artículos de limpieza y medicamentos, disponiéndose controles en rutas y calles. Los infractores fueron acusados de cometer los delitos de violación de medidas adoptadas para impedir la introducción o propagación de una epidemia y desobedecer instrucciones de un funcionario público, previstos en los artículos 205 y 239 del Cód. Penal. Cien-

(15) A esa altura los infectados a nivel mundial superaban los 110.000 y se habían producido más de 4.000 muertes.

tos de vehículos fueron secuestrados y miles de personas cumplieron arresto en sus domicilios.

Se adoptaron, asimismo, medidas de contingencia de muy variada índole. Algunos hoteles de la Ciudad de Buenos Aires fueron acondicionados para funcionar como hospitales, se armaron hospitales militares de campaña en varios espacios públicos, algunos clubes de fútbol adaptaron parte de sus instalaciones para recibir enfermos y Aerolíneas Argentinas programó vuelos especiales para repatriar argentinos varados en el exterior.

En ejercicio de las facultades excepcionales producto de la emergencia las autoridades sanitarias nacionales y provinciales asumieron como propias adquisiciones ya acordadas entre particulares de respiradores mecánicos, barbijos y otros insumos esenciales reemplazando a las clínicas privadas como sujetos compradores ante los fabricantes y proveedores.

Frente a la grave crisis existieron muestras de heroísmo cívico y cohesión social. Se destacaron por supuesto los médicos y todo tipo de personal vinculado al servicio de salud (enfermeros, biólogos, camilleros, conductores de ambulancias) (16), pero deben sumarse farmacéuticos, recolectores de residuos y personal afectado a servicios públicos de todo tipo. Todos arriesgaron sus vidas y algunos la perdieron como el caso del médico fallecido en la provincia del Chaco. Numerosas organizaciones no gubernamentales organizaron colectas destinadas a adquirir y donar equipamiento para hospitales, otorgando razón a Madanes: “Una ciudad bajo una plaga presenta una inmejorable oportuni-

(16) Considerando todo el país el porcentaje de personal médico y paramédico infectado se ubicó en el 14%, menor al de España que llegó al 17% y más alto que el 11% registrado en Italia. Se trata de un porcentaje elevado (la media señalada como admisible por la OMS es del 10%). En la provincia de Buenos Aires el porcentaje llegó al 20% y un caso extremo es el de la provincia del Chaco donde el personal de la salud contagiado alcanzó al 52% de los casos reportados. Los colegios médicos han señalado que no se cuenta con indumentaria de protección suficiente y que son demasiados los pacientes que deben atenderse por cada equipo médico.

dad para estudiar la naturaleza humana, su sociabilidad sus instituciones” (17).

## V. Emergencia económica

La gravísima situación impuso la adopción de medidas excepcionales en materia económica. Recordemos que en el plano internacional (al igual que la emergencia sanitaria) la crisis económica se originó en China cuyos insumos y servicios se distribuyen en todo el mundo. A la disminución de oferta de la gigantesca producción del país asiático se sumó la contracción de la demanda por el aislamiento destinado a evitar la propagación del virus. La situación afectó el esencial intercambio comercial de nuestro país con China, especialmente la exportación de soja, carne y otros productos primarios (18) haciendo que algunos expertos en finanzas públicas anticipen que el *default* argentino será inevitable (19).

En el plano local, la crisis económica provocada por la pandemia incrementará el número de familias pobres y los que ya lo son verán agravada su situación, destino absolutamente insoportable en un país que tiene más de un tercio de sus habitantes en situación de pobreza. Es obvio que, como lo señalara el “Observatorio de Deuda Social de la Universidad Católica Argentina”, para superar la crisis provocada por el aumento de la inflación y el desempleo junto al estancamiento de la economía, se requieren medidas de fondo urgentes que imponen arri-

(17) MADANES, Leiser, “La peste”, art. publicado en Cuaderno de Filosofía Política, nro. 5, Buenos Aires, 2006, donde se lee: “La peste que amenaza al conjunto de la sociedad, exige una respuesta colectiva a la vez que impide concretarla (por ej. debido a la cuarentena), mostrando así el fundamento trágico de lo político (...) En tiempos de peste, cuando la naturaleza se desquicia y la sociedad comienza a disolverse, se reclama y a la vez se rechaza (p. ej. quienes no acatan la cuarentena), se exige y se niega, la acción del Estado (salvador y crucificado) para que haga frente al horror”.

(18) A fines de 2019 China desplazó a Brasil como principal comprador de aceite y harina de soja, arándanos, uvas, arvejas secas, carne bovina, ovina y porcina y miel (Diario La Nación, 19/12/2019).

(19) Nuestro país solicitó al G20 la creación de un fondo que ayude a los países emergentes para evitar caer en cesación de pagos. Por ahora el resultado es una incógnita.

bar a un acuerdo entre todos los partidos con representación parlamentaria. Se trata de una cuestión de Estado que no admite especulaciones políticas ni electorales ni, mucho menos, la búsqueda de ventajas sectoriales a costa del padecimiento de millones de compatriotas.

Las escuelas públicas que proporcionan el almuerzo a sus alumnos prepararon viandas para ser retiradas en los establecimientos educativos por familias de escasos recursos. Muchas de esas familias transitan la cuarentena en condiciones desesperantes ya que viven en asentamientos marginales, hacinados en viviendas precarias y, en muchos casos, sin agua corriente.

Cabe señalar, como aspecto positivo frente a semejante desgracia, que la pandemia puso en marcha redes sociales de contención que demostraron funcionar eficazmente. Muchos voluntarios asisten a personas mayores y numerosas organizaciones privadas de bien público elaboran y distribuyen raciones de comida para personas que con sus actividades paralizadas carecen de un mínimo ingreso diario que le permitan sobrevivir. El Gobierno dispuso un auxilio de 10.000 pesos a favor de quienes se encuentren en aquella situación. En tres días se registraron 5 millones de personas.

Las autoridades nacionales, provinciales y municipales aluden a una “economía de resistencia”, adoptando numerosas medidas paliativas de la crítica situación que, en sí mismas, constituyen un problema económico-financiero ya que aumentarán el gasto público al mismo tiempo que achican la recaudación tributaria (20). En este último sentido se postergaron los vencimientos de impuestos y contribuciones a la seguridad social, se eliminaron los impuestos aduaneros a la importación de suministros médicos.

(20) Debido al congelamiento de la economía la recaudación impositiva se redujo en un 40%. Las medidas adoptadas por los Gobiernos nacional y provinciales son están vigentes en otras naciones. A título de ejemplo puede señalarse que en Australia se ha diferido por 4 meses el vencimiento de los principales impuestos y se redujo la tasa de interés. En Alemania las principales medidas fueron dirigidas al sector empresario: subsidios y reducción de la jornada laboral.

Debido a la retracción de la demanda de bienes y servicios, en auxilio de las pequeñas y medianas empresas que superen los 100 empleados, para evitar despidos, el Estado nacional aportó entre 6.000 y 10.000 pesos por cada trabajador. Mediante el DNU 311/2020 se estableció que las empresas de servicios de energía eléctrica, gas por redes, agua corriente, telefonía fija y móvil, Internet y TV por cable, no podrán disponer la suspensión de los servicios por falta de pago hasta tres vencimientos a partir del 1º de marzo de 2020.

Algunas provincias dispusieron quitas en los sueldos de sus funcionarios legislativos, administrativos y judiciales. Las sumas retenidas serán destinadas a un fondo para invertir en la lucha contra la pandemia.

En el ámbito de las transacciones privadas, para alivio de los sectores de menores recursos, el 29 de marzo se congeló hasta el 30 de septiembre del año en curso el precio de los alquileres de inmuebles y del importe de las cuotas de créditos hipotecarios, que ya no podrán actualizarse para acompañar el proceso inflacionario, aunque así se hubiera sido pactado por las partes. Se suspendieron los desalojos por falta de pago de inmuebles alquilados con destino a vivienda y se prorrogaron los plazos locativos hasta el 30 de septiembre de aquellos contratos que vencieran antes de esa fecha (decs. DNU 319/2020 y 320/2020).

## VI. Cierre

En el plano global la terrible tragedia que afecta a la humanidad en su conjunto obliga a los Gobiernos a tratar de evitar su reiteración. Deberá destinarse mayor peso presupuestario a la investigación sanitaria y a la prevención, junto al mejoramiento de la salud y de la calidad de vida de la población en los cinco continentes. Hoy el Estado debe vigilar el acatamiento de las medidas de emergencia, pero cuando la pesadilla pase, gobiernos proclives al abuso de poder como los latinoamericanos, deben volver a la plena vigencia de la división de poderes propia del sistema constitucional republicano, evitan-

do ceder a la tentación de perpetuar sus atribuciones excepcionales (21).

Se ha dicho con razón que “en los últimos doscientos años, nos hemos consumido la energía fósil concentrada de nuestro planeta desde sus orígenes. La danza del capitalismo salvaje va dejando por su paso, la destrucción acelerada de los recursos naturales del planeta; la explotación inhumana del hombre; y la manipulación de la mente humana para que este de forma sistemática se convirtiera en un rehén de las sociedades de consumo, que sin darse cuenta se convierte en el arma de su propia autodestrucción ... La nueva pandemia ha quitado el velo ilusionista y el maquillaje hipócrita de la Civilización ... La realidad ha quitado el efecto de la anestesia del capitalismo salvaje; y ha tirado sus cartas sobre la mesa. Ha llegado la hora de replantear y de humanizar este modelo económico y hacernos el siguiente planteamiento: O muere el Capitalismo Salvaje, o muere la Civilización Humana ... No podemos seguir viviendo en un planeta donde más del 80% de la riqueza, está concentrada en un 1% de la población ... que privatiza el agua, la salud, la educación, el viento, el sol; Derechos Humanos Universales que se han convertido en mercancías, que se encuentran solo al alcance de una minoría rapaz,

---

(21) Evidenciando esta justificada preocupación, el 24 de marzo de 2020, la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) emitió una declaración en la cual, entre otras consideraciones, recomendó a sus miembros ser “voceros informantes a la sociedad civil de la importancia y responsabilidad de respetar las normas excepcionales de restricciones emitidas por las autoridades constituidas en cada Estado Nacional y dentro del Estado de Derecho, pues cierta desobediencia civil a las mismas ponen en claro riesgo la protección personal de cada habitante y solidariamente a todo el conjunto social la región, la Nación e Iberoamérica para mitigar, no propagar y contener el virus”; y (al mismo tiempo) custodiar “que las restricciones al ejercicio de los derechos ciudadanos se correspondan con el marco constitucional vigente, pues debemos ser vigiladores activos de la democracias para evitar desánimos sociales u oportunismos de turno que las ataquen, pues pasada esta tormenta en la que estamos sufriendo limitaciones a nuestras necesidades básicas y a los derechos sociales, económicos, individuales y políticos, debemos consolidar los Estados de Derecho y nuestras Democracias ya que regresarán los debates políticos (hoy apagados o postergados por la pandemia) muchos de los cuales podrían pretender cuestionar el modelo democrático según sea la respuesta de los gobiernos al conflicto desatado”.

voraz e insaciable, mientras las grandes mayorías invisibles solo son visibles en los procesos electorales, disfrazados de Democracia” (22).

Junto a la preservación del medio ambiente (sobre todo la lucha contra el cambio climático provocado por los gases de efecto invernadero) y el apoyo a las mayorías más pobres del Planeta (donde la desnutrición constituye un flagelo intolerable), la agenda universal debe sumar la inversión en investigaciones para prevenir y combatir las pandemias que resultan recurrentes. En los últimos 20 años hubo tres brotes de coronavirus, aunque ninguno tan letal como el COVID-19.

Según los expertos la economía mundial quedará más afectada que luego de las crisis provocadas por las dos grandes guerras del siglo XX. La recesión, el desempleo y la inflación afectarán a los cinco continentes y, naturalmente, se sentirán con mayor rigor en los países menos desarrollados. Los puestos de trabajo se reducirán a la mitad.

La tragedia demostró la importancia de garantizar el derecho a la información. Toda opinión debe ser respetada porque ayuda a conocer y evaluar la enfermedad y a divulgar las medidas de prevención. No resulta admisible la persecución de periodistas como se ha denunciado en China, Egipto, Turquía y Venezuela. Todos los países miembros de las Naciones Unidas deben cumplir los pactos internacionales que los obligan a cooperar intercambiando información sobre los riesgos, la prevención y los tratamientos. La próxima pandemia debe tener una respuesta coordinada de todas las naciones.

Ni bien termine la emergencia deben cesar las medidas restrictivas de la privacidad como rastro de celulares y reconocimiento facial para ubicar personas que se sospecha portadoras del virus.

En nuestro país deberá retornarse cuanto antes al funcionamiento del Estado de derecho y

---

(22) Este categórico mensaje no proviene de la izquierda marxista ni de un régimen totalitario antisistema. Aunque no lo parezca se trata del editorial del diario The Washington Post, 25 de marzo de 2020, “O muere el capitalismo salvaje, o muere la civilización humana”, traducido al español por Desmond Brown.

sus presupuestos: el respeto al principio de legalidad y el pleno funcionamiento de los tres poderes del sistema republicano. El Congreso debe funcionar a pleno para terminar con el uso y abuso del dictado de decretos de necesidad y urgencia.

En el plano económico la situación es y será muy grave. Existen unas 30.000 empresas al borde de la quiebra y unos 200.000 puestos de trabajo en peligro. Será imprescindible implementar un intenso programa de fomento con medidas concretas de reactivación de las transacciones comerciales y de servicios a fin de generar empleo para superar la pobreza que hoy afecta al 40% de la población.

Un grupo de expertos en cuestiones sanitarias y económicas ha elevado un documento al Gobierno nacional (23) diseñando un plan de acción para cuando se levante la cuarentena: mantener la distancia social en los lugares públicos; utilizar máscaras en forma obligatoria; medir la temperatura corporal en todos los sitios posibles; mantener la restricción de ingreso al país o hacer un test a cada viajero; proveer de certificados de inmunidad a quienes deban viajar en transportes públicos; asistir con líneas de créditos blandos a pequeñas y medianas empresas; postergar los vencimientos impositivos hasta el mes de julio; reducir el gasto público, suspendiendo el pago de viáticos y gastos de representación a funcionarios y exigiendo a los directivos de empresas estatales que se comprometan a reducirlo en un 10% como mínimo; implementar un sistema de trabajo remoto en los Tribunales; adoptar las medidas económicas pertinentes para que pasada la crisis la Argentina absorba la demanda global que vendrá en materia de productos agroindustriales (24).

(23) [www.lanacion.com.ar/2350760](http://www.lanacion.com.ar/2350760).

(24) En este sentido la inexplicable e inconstitucional "intervención" y la anticipada expropiación de la principal empresa exportadora argentina, Vicentín SA, es una

Superada la pandemia de COVID-19 la clase dirigente argentina deberá capitalizar la terrible experiencia y avocarse a la búsqueda sincera y enérgica de una sociedad más justa, que equivale a decir una sociedad igualitariamente preparada para afrontar eventos de semejante gravedad. Ello no significa coartar las libertades individuales sino hacerlas compatibles con el deber moral de asistir a quienes sobreviven en la miseria perdiendo día a día toda esperanza de mejorar su desesperante situación (25).

El capitalismo salvaje debe reemplazarse por un capitalismo solidario, haciendo realidad las promesas de un Estado que garantice la igualdad de oportunidades (especialmente en materia de educación en todos los niveles), promueva el pleno empleo, haga respetar el salario mínimo y, mediante medidas de fomento, potencie las conquistas laborales trabajosamente obtenidas durante el siglo pasado. La Nación y los gobiernos locales deberán intensificar sus esfuerzos para mejorar la calidad de vida de los sectores vulnerables, con el objetivo de asegurar niveles adecuados de alimentación, provisión de agua potable, servicios de desagües cloacales y salud pública. Solo de esta forma, si se reiterara una situación semejante a la que hoy afrontamos, los padecimientos y la pérdida de vidas se verían mitigados.

pésima señal para los mercados de capitales. Semejantes procedimientos totalitarios, al dejar al descubierto escandalosos abusos de poder, cancelan toda posibilidad de inversión productiva, nacional o extranjera.

(25) Adherimos sin reparos a la reflexión de Popper: "La libertad es más importante que la igualdad ... si se pierde la libertad no habrá siquiera igualdad entre los que no son libres" (POPPER, Karl, "La lección de este siglo", Temas, Buenos Aires, 1998, 2ª ed., p. 22). Ello no significa, claro está, que el Estado se abstenga de garantizar la igualdad de oportunidades (especialmente en materia de educación en todos los niveles), promueva el pleno empleo, haga respetar el salario mínimo y, mediante medidas de fomento, potencie las conquistas laborales trabajosamente obtenidas durante el siglo pasado.

# Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19

Pablo O. Cabral (\*)

**Sumario:** I. Presentación.— II. El coronavirus y la política sanitaria, económica y social dispuesta por el Gobierno de la República Argentina.— III. Los derechos afectados y la regulación jurídica de su limitación o suspensión legal. Poder de policía y emergencia.— IV. Control de razonabilidad.— V. Motivación.— VI. El estándar de razonabilidad y las medidas de acción positiva.— VII. Un ejemplo de tutela jurídica diferenciada en tiempos de pandemia. La res. 139/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación y el concepto de “hipervulnerabilidad”.— VIII. El primer escrutinio judicial de la cuarentena dispuesta por el Gobierno nacional. El aislamiento social como medida de acción positiva. El caso “Kingston”.— IX. Conclusiones (provisorias).

*“Antes que se desencadenare la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se encontraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para desgracia de los excluidos del reparto. En toda la historia de la humanidad la desgracia de los individuos y grupos vulnerables y marginados constituye una patética constancia existencial”*

FERREYRA, Raúl G., “El tiempo de la peste” (\*\*).

## I. Presentación

La pandemia que hoy azota a todo el planeta nos expone ante las distintas experiencias de cada país, donde abundan variadas respuestas

(\*) Abogado y especialista en Derecho Administrativo (UNLP), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, director de la *Revista Derechos en Acción*, investigador del Centro de Investigación en Derecho Crítico —CIDERCIT/UNLP— y subdirector de la Escuela del Cuerpo de Abogados/as del Estado —ECAE— dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(\*\*) FERREYRA, R. G., “Editorial”, *ReDeA 14, Derechos En Acción*, 14[14], 2020, p. 354, <https://doi.org/10.24215/25251678e354>.

de los Estados para afrontar la veloz transmisión del coronavirus, amortiguar el impacto en los sistemas de salud —públicos y privados— y disminuir el número de fallecidos por COVID-19. Estos objetivos establecidos por las autoridades públicas estatales —repetidos en todos los países que sufren esta enfermedad— pueden ser graficados con la frase “disminuir la curva de contagios y muertes”. Una consecuencia directa de la difusión de la enfermedad y de las medidas y políticas públicas dispuestas para afrontar la crisis sanitaria, resultó ser la paralización de la economía, así como el aumento del desempleo, la caída de la recaudación fiscal, la disminución de las arcas

públicas y el cierre de empresas, comercios y fábricas —grandes, medianos y chicos—, entre otras.

La magnitud de la catástrofe vital a la que nos enfrentamos como sociedad, nos ubica en una situación cuyo abordaje no se encuentra suficientemente regulado o normado por el derecho; nuestro ordenamiento jurídico —al igual que el de la gran mayoría de los Estados— no prevé ni resuelve el modo, acciones o conductas que los gobernantes deben adoptar para superar una pandemia de estas dimensiones. Nos encontramos, entonces, ante un fenómeno no desarrollado por el derecho, ni abordado y resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que el margen de discrecionalidad en la adopción de las medidas para combatir al coronavirus se ensancha indefectiblemente.

¿Cómo debemos evaluar y caracterizar las medidas dispuestas por el gobierno? ¿Se trata de limitaciones antijurídicas que afectan gravemente derechos fundamentales? ¿Se pueden sopesar en este escrutinio entre costos y beneficios de las políticas adoptadas? ¿Hasta dónde es libre el Poder Ejecutivo para tomar decisiones que afectan derechos individuales básicos?

No obstante —y con más razón por tratarse del ejercicio de una actividad con muchos aspectos no reglados— nuestro sistema constitucional establece mecanismos de limitación de las intervenciones de los gobernantes, disponiendo guías de conductas ante el conflicto de derechos en juego y pautas o estándares para evaluar la razonabilidad de las decisiones adoptadas.

Los sucesivos actos administrativos —en especial actos generales normativos— emitidos por el presidente de la Nación —que en su conjunto constituyen una política pública ante la emergencia sanitaria y social— deberán ser evaluados en cuanto a su concordancia y respeto a nuestro ordenamiento jurídico por encontrarse en juego una serie de derechos individuales (derecho de propiedad, libertad de asociación, libertad de circulación, reunión y residencia, ejercicio del comercio, entre otros), colectivos (derecho a la salud, dere-

cho a la vida, derecho a la alimentación, entre otros derechos económicos, sociales y culturales) y resultar especialmente afectados determinados grupos vulnerados, particularmente alcanzados por la enfermedad (personas de la tercera edad, personas enfermas, personas que habitan en geriátricos, sistemas penitenciarios y villas de emergencia) o por el impacto que las medidas estatales generan en la economía (grupos de personas excluidas con riesgo en el goce del derecho a la alimentación, a un trabajo y salario digno, a condiciones dignas de vida, entre otros). En todos los casos, se trata de derechos o grupos vulnerados con garantías de protección expresas en nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En este texto propongo un primer acercamiento más general y provisorio al análisis jurídico al conjunto de las principales medidas dispuestas por el Gobierno de la República Argentina para afrontar la crisis del coronavirus evaluando el contexto político, institucional y las condiciones sociales en las que se desenvuelven. Luego sí, me gustaría desarrollar un análisis —provisorio— respecto de la razonabilidad de la medida que más claramente pone en juego la crisis entre derechos individuales y colectivos, consistente en el *aislamiento social preventivo y obligatorio*, conocido popularmente como “cuarentena”, y que se dispuso mediante una decisión administrativa que —como veremos— se fue prorrogando —con paulatinas flexibilizaciones por actividad y por zonas geográficas— hasta quedar reducida al Área Metropolitana de Buenos Aires —AMBA— y algunas ciudades provinciales, por ahora hasta el 28 de junio de 2020.

La herramienta central en nuestro sistema constitucional para escrutar jurídicamente este tipo de medidas es la aplicación del estándar de razonabilidad. Abordaré esta pauta de interpretación en su relación con el principio de igualdad constitucional, las medidas de acción positiva, para, finalmente referirme al primer precedente jurisprudencial en el que el Poder Judicial analizó el decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo 297/2020 que diera inicio al aislamiento social preventivo y obligatorio en la Argentina.

## II. El coronavirus y la política sanitaria, económica y social dispuesta por el Gobierno de la República Argentina (1)

El coronavirus es una enfermedad que surgió en la República Popular de China a finales de 2019 y que en cuestión de meses se propagó por todo el planeta, si bien con una —relativa— baja mortalidad, con gran velocidad de contagio, y con afectación de un determinado grupo etario y de personas con problemas de salud de base. La Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020 declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países.

### II.1. Contexto general —social, institucional y político— de las medidas adoptadas

Antes de ingresar en el detalle de las políticas sanitarias en estudio, quisiera describir superficialmente algunas características generales que comparten la mayoría de las medidas dispuestas y el contexto institucional en el que se desenvuelven las respuestas del Gobierno argentino para afrontar la pandemia del coronavirus. El marco institucional en el que se desarrollan dichas políticas es el de la plena vigencia del Estado de derecho y de las garantías propias de una sociedad democrática, encontrándose en funcionamiento —con las adaptaciones adecuadas a la crisis sanitaria— los tres poderes constituidos.

Todas las medidas de emergencia adoptadas dan cumplimiento a las condiciones cuyo respeto es exigido para su validez, pues existe: 1) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con control judicial sobre su existencia y subsistencia); 2) un fin real de interés social y público; 3) la transitoriedad de la regulación excepcional y por último —como veremos en los próximos puntos— 4) la razonabilidad del medio elegido, o sea, propor-

ción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia.

En el caso del Poder Legislativo, hoy funciona en modalidad virtual pudiendo sancionar leyes y realizar las tareas de control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, encontrándose en pleno trámite la revisión de los decretos de necesidad y urgencia dictados durante la crisis sanitaria (ley 26.122, art. 99, inc. 3º, CN) (2). Al inicio de la pandemia existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de las sesiones a distancia, lo que llevó a la presidenta del Senado a iniciar una acción judicial solicitando a la CS que habilite las sesiones virtuales. El Tribunal falló que el “Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada” (3).

Como bien explica el profesor Guillermo Moreno, “... si bien la pretensión fue desestimada, la Corte Suprema claramente accedió a la solicitud de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de las sesiones virtuales en el Parlamento Nacional”. Pues sostuvo que, de acuerdo con la doctrina de la Corte, no corresponde que el máximo tribunal se pronuncie sobre actos de los otros poderes que ya están previstos en la Constitución. De esta forma señaló que “el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial, orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley... [y] no supone en sí misma una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado” (4).

(2) Ibidem.

(3) CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020.

(4) MORENO, Guillermo R., “El Congreso de la Nación Argentina y su funcionamiento a distancia. Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el COVID-19”, a editarse en Revista Derechos en Acción, 15, junio de 2020.

(1) Para un completo detalle normativo ver; CAVALLI-NI VIALE, Delfina M. — FERREYRA, Leandro E., “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog: palabrasdelderecho.com.ar.

Luego del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que habilitó la posibilidad de sesiones virtuales en el Congreso de la Nación, ambas cámaras lograron llevar adelante sin inconvenientes sus sesiones remotas en las cuales se logró garantizar la identidad de cada legislador, el *quorum*, el debate y la votación.

En cuanto al Poder Judicial, ha quedado evidenciado que, a partir del dictado de las primeras medidas para afrontar la pandemia emitidas por el Poder Ejecutivo nacional, los distintos poderes judiciales del país han emitido un importante caudal de resoluciones y sentencias que se relacionan directa e indirectamente con la posible afectación de derechos por las medidas de aislamiento social dispuestas. Esto es cabal demostración del funcionamiento del control judicial de la actividad administrativa en nuestro país, estando garantizado el cumplimiento de las garantías judiciales reguladas constitucionalmente y por tratados internacionales de protección de Derechos Humanos vigentes (5).

Un análisis detallado del funcionamiento del Poder Judicial en nuestro país está disponible en el último reporte del CEJA (6), en el cual sus autores (7) dan cuenta de las modalidades que permitieron la continuidad del servicio de justicia y que para el caso de Argentina en el ámbito federal se garantizó la atención de causas urgentes, considerando tales, por lo menos: en materia penal, cuestiones vinculadas con privación de libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, *habeas corpus*, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.

(5) Ampliar en VÉLEZ, Ramiro, “Diez fallos destacados con relación al aislamiento social, preventivo y obligatorio. Un repaso por las decisiones más importantes dictadas en el marco de la pandemia y su impacto en las relaciones jurídicas”, blog: palabrasdelderecho.com.ar.

(6) Ver reporte CEJA, “Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19 Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales”, mayo de 2020.

(7) Jaime Arellano, Laura Cora, Cristina García y Matías Sucunza.

Finalmente, todas las medidas de gobierno referidas a la crisis del coronavirus son informadas a la población en forma veraz y confiable, tanto a través del reporte oficial diario, respecto a la evolución de los datos epidemiológicos que brindan las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, como a las conferencias de prensa que realiza el presidente de la Nación cuando se produce una novedad o modificación de las medidas de aislamiento social (8).

En definitiva se observa el cumplimiento de la directiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la actual situación sanitaria, en la que sostuvo que “es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas” (9).

## II.2. Emergencia sanitaria y social. Declaración legislativa

En diciembre de 2019, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.541 (10), de *Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la Emergencia Pública, que en su primer artículo declaró —entre otras áreas en crisis— la emergencia sanitaria y social (11)*, delegando al

(8) Dijo la Corte IDH en la res. 1/2020; “El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID-19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación”.

(9) Corte IDH, res. 1/2020.

(10) Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, aprobada el 21 de diciembre de 2019 (publicada en el BO del 23/12/2019).

(11) Art. 1º.— “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 com-

Poder Ejecutivo algunas facultades (12) y —en su tít. X (arts. 64 a 85)— regulando diversos aspectos de la emergencia sanitaria.

El 12 de marzo del corriente año, mediante el decreto *del Poder Ejecutivo nacional 260/2020*, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el COVID-19, durante el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del citado decreto. Se designó como autoridad sanitaria de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación y se lo facultó a realizar intervenciones concretas para afrontar la crisis sanitaria (13), identificó las “zonas

prendidas 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 de diciembre de 2020”.

(12) Art. 2º—. Establécense las siguientes bases de delegación:... 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”.

(13) En su art. 2º el decreto facultó al Ministerio de Salud de la Nación a; Disponer las recomendaciones y medidas a adoptar respecto de la situación epidemiológica, a fin de mitigar el impacto sanitario; Difundir en medios de comunicación masiva las medidas sanitarias que se adopten; Realizar campañas educativas y de difusión para brindar información a la comunidad; Recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas; Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, con base en evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional; Coordinar la distribución de los productos farmacéuticos que se requieran para satisfacer la demanda ante la emergencia; Entregar medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizantes; Coordinar con las distintas jurisdicciones, la aplicación obligatoria de medidas sanitarias de desinfección en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajos y, en general, en cualquier lugar de acceso público o donde exista o pueda existir aglomeración de personas; Coordinar con las distintas jurisdicciones la

afectadas” por la pandemia de COVID-19 (14), dispuso que el Ministerio de Salud deberá dar información diaria a la población sobre las “zonas afectadas” y la situación epidemiológica, respecto a la propagación, contención, y mitigación de esta enfermedad y deberá mantener informados a los centros de salud y profesionales sanitarios, públicos y privados, sobre las medidas de prevención, atención, contención y mitigación, que corresponde adoptar para dar respuesta al COVID-19.

Respecto de los insumos críticos (alcohol en gel, barbijos y otros definidos como tales), la autoridad sanitaria y el Ministerio de Desarrollo Productivo fueron facultados —conjuntamente— para fijar precios máximos y prevenir su desabastecimiento. Asimismo, reguló el aislamiento obligatorio y acciones preventivas ante casos confirmados de COVID-19 o sospechosos, la obligación de la población de reportar síntomas y la suspensión temporaria de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”.

### II.3. Aislamiento social, preventivo y obligatorio (cuarentena)

El presidente de la Nación —Alberto Fernández— dispuso, en el marco de la emergencia sanitaria y social, el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* de las personas que habitan la Argentina o están en el país temporalmente por el decreto de necesidad y urgencia *297/2020* —durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo— (prorrogado hasta el 28 de Junio por los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020 y 520/2020), con la finalidad de proteger la salud pública, con fundamento en que dicho objetivo constituye una obligación inalienable del Estado nacional en razón de la pan-

adopción de medidas de salud pública, para restringir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subterráneos o trenes, o el aislamiento de zonas o regiones, o establecer restricciones de traslados, y sus excepciones, entre otras.

(14) Se indicó que la zona afectada está integrada por los Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.

demia declarada por la OMS y en atención a la evolución epidemiológica del COVID-19 (15).

La medida de *cuarentena*, tal como fue regulada, implica que las personas deberán permanecer aisladas en sus residencias y abstenerse de concurrir a trabajar y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, pudiendo solo realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (16). Quedaron exceptuadas las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia como personal de salud, de seguridad, autoridades de los gobiernos nacional y local, personal de los servicios del Poder Judicial de turno, industria alimenticia y su comercialización, entre muchos otros (17). Durante

(15) Art. 1º: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece 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” en los términos indicados en el presente decreto. Esta regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el dec. 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus COVID-19”.

(16) Art. 2º. “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el art. 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

(17) Art. 6º. “Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio

la vigencia del aislamiento fueron prohibidos eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, y de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas, quedando suspen-

meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios de lavandería. 21. Servicios postales y de distribución de paquetería. 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. 24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina disponga

didadas las aperturas de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas **(18)**.

Dispone la norma que el Poder Ejecutivo nacional, en coordinación con las jurisdicciones provinciales y de la CABA, realizará controles permanentes y fiscalización del cumplimiento de las medidas dispuestas para garantizar el aislamiento social, preventivo y obligatorio **(19)**, estando facultado el Ministerio de Seguridad a disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el dec. 297/2020. Ante la existencia de una infracción a las medidas dispuestas, se hará cesar la conducta que violentó el decreto y se dará in-

---

imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" y con recomendación de la autoridad sanitaria podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la presente medida. En todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores".

(18) Art. 5°. "Durante la vigencia del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas".

(19) Art. 3°. "El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad".

tervención al Poder Judicial con competencia en la materia **(20)**.

En sus considerandos el decreto resalta que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia, ya que, a pesar de las medidas oportunas y firmes que viene desplegando el Gobierno nacional y los distintos gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el primer caso confirmado en la Argentina, el día 3 de marzo de 2020, se han contabilizado noventa y siete casos de personas infectadas en once jurisdicciones, habiendo fallecido tres de ellas, según datos oficiales al 18 de marzo de 2020.

Enfatiza que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario. Por ello, teniendo en consideración la experiencia de los países de Asia y Europa que han transitado la circulación del virus pandémico con antelación, se puede concluir que el éxito de las medidas depende de las siguientes variables: la oportunidad, la intensidad (drásticas o escalonadas), y el efectivo cumplimiento de estas.

El fundamento fáctico de la medida es que no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo ni con vacunas que prevengan el contagio de coronavirus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social siguen revistiendo un rol de vital importancia para hacer frente a la situación

---

(20) Art. 4°. "Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y ccds. del Cód. Penal. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus".

epidemiológica y mitigar el impacto sanitario de COVID-19.

Esta realidad es la que impone al Gobierno adoptar la medida de cuarentena, con el objetivo y finalidad de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional.

El 31 de marzo de 2020, por decreto de necesidad y urgencia 325/2020, se prorrogó hasta el 12 de abril de 2020 el aislamiento social y se dispuso que los trabajadores estatales del ámbito nacional que no están exceptuados de la cuarentena por el DNU 297, deberán realizar sus tareas —en tanto ello sea posible— desde los lugares en los que se encuentren aislados (21).

En sus considerandos, se da cuenta de una evaluación del estado epidemiológico de la enfermedad, tanto en nuestro país como en la región (22). Se ejemplifica con las políticas públicas de otras naciones con buenos resultados en la disminución o desaceleración de la curva de contagios y muertes (23) y se detalla el de-

(21) Art. 2º. “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el art. 6º del dec. 297/2020, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

(22) Dicen los considerandos del DNU 325/2020; “Que, hasta el 29 de marzo de 2020, se han detectado a nivel mundial 571.568 casos de COVID-19 confirmados, con 26.494 muertes. Del total de casos, 100.314 se encuentran en nuestro continente”.

(23) Se lee en sus fundamentos: “Que los países que lograron aplanar la curva al día de la fecha (China y Corea del Sur) confirmaron el impacto de tales medidas entre dieciocho [18] y veintitrés [23] días después de haber adoptado las medidas de aislamiento y, en ambos casos, no se interrumpieron hasta haberse comprobado su efecto en razón del crecimiento de los casos confirmados de COVID-19. Que los países que han logrado controlar la expansión del virus han mantenido en niveles muy bajos la circulación de personas por, al menos, cinco [5] semanas, condición necesaria para reducir la transmisión del virus... Que, según la experiencia de los países con mejores resultados, es esperable un incremento en el número de casos hasta tres [3] semanas después de iniciada la cuarentena estricta. Que los países que implementaron

desarrollo de la enfermedad en la Argentina que, si bien era el esperable, es necesario el paso de más tiempo para evaluar el impacto de la cuarentena (24). Concluye al respecto afirmando que “no debemos dejar de lado que nos enfrentamos a una pandemia mundial que podría provocar, si no se adoptan las medidas adecuadas, una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, por lo que se deben tomar todas las medidas necesarias con el fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario” y destacando que la prórroga de la cuarentena dispuesta fue parte de las precisas recomendaciones recibidas por el presidente de la Nación al reunirse con destacados expertos en epidemiología, a fin de proteger la salud pública.

Da cuenta el decreto, de la declaración judicial respecto de la constitucionalidad de la medida de aislamiento social, agregando que el DNU 297/2020 “se ha dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas

medidas estrictas en el tramo exponencial de sus curvas y ya con números muy elevados de casos, no han podido observar aún efectos positivos en el número de contagios y fallecimientos”.

(24) Dice la norma que “gracias a las medidas oportunas y firmes que vienen desplegando el Gobierno Nacional y los distintos Gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como al estricto cumplimiento de las mismas que viene realizando la gran mayoría de la población, en la República Argentina, al 29 de marzo, se han detectado 820 casos confirmados de COVID-19. Que la República Argentina ha implementado numerosas medidas tempranas para la contención de la epidemia, con la menor cantidad de casos y de días de evolución, en comparación con otros países del mundo... Que, si bien se han observado buenos resultados en la disminución de la circulación de personas, que se ven reflejados en el uso del transporte público, donde se constató una marcada disminución de pasajeros en subtes, trenes y colectivos, estos datos resultan aún insuficientes para evaluar sus efectos porque todavía no ha transcurrido, al menos, un período de incubación del virus —catorce [14] días—”.

a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad”

Con fecha *11 de abril de 2020, por decreto de necesidad y urgencia 355/2020*, el Poder Ejecutivo prorrogó hasta el día 26 de abril de 2020 las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, facultando al jefe de Gabinete nacional —con previa intervención de las autoridades sanitarias y a pedido de los gobiernos provinciales— a exceptuar del cumplimiento de las medidas de cuarentena al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, con los respectivos protocolos sanitarios (25). También dispuso la coordinación de las distintas jurisdicciones para la fiscalización del cumplimiento de las medidas de aislamiento social (26).

(25) Art. 2º. “El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la ‘Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional’ podrá, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, y a pedido de los Gobernadores o de las Gobernadoras de Provincias o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, siempre que medien las siguientes circunstancias: a. Que el Gobernador, la Gobernadora o el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo requiera por escrito, previa intervención y asentimiento de la máxima autoridad sanitaria local, en atención a la situación epidemiológica respectiva. b. Que, junto con el requerimiento, se acompañe el protocolo de funcionamiento correspondiente, dando cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad nacionales y locales”.

(26) Art. 3º. “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 uno 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”.

En sus fundamentos, luego de repasar el contexto mundial de la pandemia, se evalúa la medida de aislamiento social adoptada en nuestro país, afirmando que, comparando el tiempo de duplicación de casos en Argentina antes y después de haberla implementado, se observó que pasó de 3,3 días a 10,3 días. Agrega que, habiéndose aumentado el testeo diagnóstico en todas las jurisdicciones del país, la proporción de casos nuevos detectados ha decrecido. Concluye que estas medidas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición paulatina de casos y de menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo (27).

Vuelve a informar que las más altas autoridades del Gobierno nacional mantuvieron una reunión con destacados expertos en epidemiología y recibieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar la cuarentena, agregando que el presidente de la Nación mantuvo una reunión por teleconferencia con los gobernadores del país y con el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la cual se evaluó la implementación y los efectos de las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio.

*El 26 de abril de 2020 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 408/2020*, por el que se prorrogó hasta el 10 de mayo las medidas sanitarias de cuarentena, ampliando las facultades de las jurisdicciones provinciales al disponer que los gobernadores podrán decidir excepciones a esta dentro de sus territorios con la previa aprobación de la autoridad sanitaria local, siempre que se encuentren cumplidos los siguientes indicadores: que el tiempo de duplicación de casos supere los 15 días; que el sistema sanitario cuente con capacidad para dar respuesta a la

(27) Al respecto, amplía los argumentos el decreto en sus considerandos, al afirmar que “el comportamiento de los casos en la República Argentina evidencia un incipiente aplanamiento de la curva, que requiere de mayor tiempo para confirmar esta tendencia. Que nos hallamos ante una situación dinámica en la que pueden presentarse diferentes circunstancias epidemiológicas dentro del país e inclusive dentro de las distintas jurisdicciones provinciales”.

potencial demanda; que la medida cuente con una evaluación positiva de las autoridades sanitarias; que la proporción de personas exceptuadas no supere el 50 por ciento del total de la población; que el área a exceptuar no debe estar definida por la autoridad sanitaria nacional como aquellas “con transmisión local o por conglomerado” (28). Se exceptúan expresamente de la flexibilización de la cuarentena actividades como la educación, eventos sociales, cines, teatros, centros comerciales, restaurantes y bares, gimnasios, transporte público interjurisdiccionales y actividades turísticas, entre otras (29). En

(28) Art. 3º: “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 y siempre que se dé cumplimiento, en cada Departamento o Partido comprendido en la medida, a los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no debe ser inferior a quince [15] días. Este requisito no será requerido si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Debe existir una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. La proporción de personas exceptuadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio, no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. El Departamento o Partido comprendido en la medida no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos ‘con transmisión local o por conglomerado’. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios señalados no se cumplieren en el Departamento o Partido comprendido en la medida, no podrá disponerse la excepción respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Cuando se autorice una excepción en los términos previstos en este artículo, se deberá implementar, en forma previa, un protocolo de funcionamiento que dé cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad, nacionales y locales. Al disponerse la excepción se debe ordenar la inmediata comunicación de la medida al Ministerio de Salud de la Nación.”

(29) Art. 4º. “No podrán incluirse como excepción en los términos del art. 3º del presente decreto, las siguientes actividades y servicios: 1. Dictado de clases presenciales en todos los niveles y todas las modalidades. 2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recrea-

tivos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares”.

Otra gran exclusión de la posibilidad de exceptuar las medidas de aislamiento social lo constituyen los aglomerados urbanos con más

tivos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares”.

(30) Art. 5º. “Las jurisdicciones provinciales que dispusieren excepciones en el marco del art. 3º del presente decreto, deberán realizar, en forma conjunta con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. En forma semanal, las autoridades sanitarias locales deberán remitir a la autoridad sanitaria nacional, un “Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario COVID-19” (ISES COVID-19) que deberá contener toda la información que esta les requiera para evaluar la trayectoria de la enfermedad y la capacidad del sistema sanitario para atender a la población. Si las autoridades locales detectaren un signo de alerta epidemiológico o sanitario, deberán comunicarlo de inmediato a la autoridad sanitaria nacional. El Ministerio de Salud de la Nación realizará el monitoreo de la evolución epidemiológica y sanitaria, y si detectare una situación de riesgo epidemiológico o sanitario, deberá recomendar en forma inmediata al Jefe de Gabinete de Ministros, que adopte las medidas pertinentes para contener la transmisión del virus SARS-CoV-2 que puede incluir la decisión de dejar sin efecto la excepción dispuesta por la autoridad provincial correspondiente. El Jefe de Gabinete de Ministros podrá disponer el cese de las excepciones dispuestas en el marco del art. 3º del presente decreto, respecto de la jurisdicción provincial que incumpla con la entrega del Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario requerido o incumpla con la carga de información exigida en el marco del ‘Monitoreo de Indicadores de Riesgo Epidemiológico y Sanitario - COVID-19’ (MIREs COVID-19). El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” podrá, en cualquier momento, por recomendación de la autoridad sanitaria nacional, dejar sin efecto las excepciones dispuestas en los términos del art. 3º del presente decreto”.

de medio millón de habitantes, así como el área metropolitana de Buenos Aires (AMBA) **(31)**.

Por último, se flexibilizó la cuarentena permitiendo a los aislados realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el bienestar psicofísico, sin alejarse más de quinientos metros de su residencia, con una duración máxima de una hora, durante el día y antes de las 20 horas **(32)**.

(31) Art. 6°. “Toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes aglomerados urbanos son los lugares de mayor riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y donde más difícil resulta controlar esa transmisión, no será de aplicación el art. 3° del presente decreto respecto de los aglomerados urbanos con más de quinientos mil (500.000) habitantes, ubicados en cualquier lugar del país, ni tampoco respecto del Área Metropolitana de Buenos Aires. A los fines de este decreto, se considera Área Metropolitana de Buenos Aires a la zona urbana común que conforman la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes cuarenta [40] Municipios de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingo, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, podrá incluir en esta prohibición a aglomerados urbanos que tengan menos de quinientos mil (500.000) habitantes o excluir a otros que superen esa cantidad de población, en atención a la evolución epidemiológica específica del lugar y previa intervención de la autoridad sanitaria nacional”.

(32) Art. 8°. “Las personas que deben cumplir el ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ podrán realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el bienestar psicofísico, sin alejarse más de quinientos [500] metros de su residencia, con una duración máxima de sesenta [60] minutos, en horario diurno y antes de las 20 horas. No se podrá usar transporte público o vehicular y se deberá guardar en todo momento un distanciamiento físico entre peatones no menor a dos [2] metros, salvo en el caso de niños y niñas de hasta doce [12] años de edad, quienes deberán realizar la salida en compañía de una persona mayor conviviente. En ningún caso se podrán realizar aglomeramientos o reuniones y se deberá dar cumplimiento a las instrucciones generales de la autoridad sanitaria. Para esta salida se recomienda el uso de cubre boca, nariz y mentón o barbijo casero. Las autoridades locales dictarán las correspondientes nor-

Entre los fundamentos de la nueva prórroga de la cuarentena se informa que el tiempo de duplicación de casos era al inicio de 3,3 días y en la actualidad alcanza los 17,1 días, observando que las medidas adoptadas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición gradual y detección precoz de casos y la implementación de las acciones de control con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo. También se da cuenta de la realización de una nueva reunión con los gobernadores y jefe de Gobierno de la CABA, así como con destacados expertos en epidemiología que emitieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia y necesidad, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar el aislamiento social.

La novedad consistió en la distinción de abordaje sanitario entre el tamaño de los conglomerados urbanos, ya que la Argentina es el octavo país en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socioeconómica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus. Se identifican áreas geográficas que justifican un tratamiento sanitario diferenciado, distinguiendo entre aquellas en las que solo se han confirmado casos importados o casos de contactos locales a partir del caso importado y que están controladas y otras que presentan transmisión local extendida, ya sea por conglomerados o con casos comunitarios **(33)**.

mas reglamentarias y, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo en los distintos Departamentos o Partidos de la jurisdicción a su cargo, podrán incluso determinar uno o algunos días para ejercer este derecho, limitar su duración y, eventualmente, suspenderlo con el fin de proteger la salud pública”.

(33) Especifica al respecto el decreto: “toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes conglomerados urbanos son los lugares de mayor peligro de expansión del virus SARS-CoV-2 y, también, los lugares donde es más difícil contener el contagio, no se establece la posibilidad de decidir excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, por parte de las autoridades de las jurisdicciones provinciales, respecto de los aglomerados urbanos con más de quinientos mil (500.000) habitantes situados en cualquier lugar del país, ni respecto del Área Metropolitana de Buenos Aires, que

El 10 de mayo de 2020 el presidente de la República emitió el decreto de necesidad y urgencia 459/2020, por el que prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el día 24 de mayo del corriente año, habilitando nuevas excepciones para ciudades de hasta 500.000 habitantes, para localidades de más de medio millón de pobladores y para el AMBA.

Respecto de los partidos o departamentos de hasta medio millón de habitantes, se dispuso que los gobernadores de provincias podrán establecer nuevas excepciones al cumplimiento de la cuarentena y a la prohibición de circular con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales, manteniendo los requisitos dispuestos en el art. 3° del DNU 408, ampliando el porcentaje del total de la población alcanzada al 75 por ciento (34). También

incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a cuarenta [40] Partidos, a los fines de este decreto”.

(34) Art. 3°. “Nuevas excepciones en departamentos o partidos de hasta quinientos mil (500.000 habitantes): En los departamentos o partidos que posean hasta quinientos mil (500.000) habitantes y siempre que no formen parte de aglomerados urbanos cuya población supere ese número, los gobernadores y las gobernadoras de provincias podrán disponer nuevas excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales. Para ello, deberán contar con la aprobación previa de la autoridad sanitaria provincial y ordenar la implementación de un protocolo de funcionamiento de la actividad respectiva, que contemple, como mínimo, el cumplimiento de todas las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional. En todos los casos, en forma previa a disponer la excepción respectiva, la autoridad provincial deberá constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios en cada Departamento o Partido comprendido en la medida: 1. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a quince [15] días. No será necesario cumplimentar este requisito si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. Que el sistema de salud cuente con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Que exista una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. Que la proporción de personas exceptuadas del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, no supere el setenta y cinco por ciento (75%) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. Que el Departamento o Partido comprendido en la medida no

se dispusieron facultades para que los gobernadores de cada jurisdicción amplíen las excepciones en ciudades de más de medio millón de habitantes y en el AMBA. En todos los casos las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se dispongan algunas de estas excepciones deberán realizar, en forma conjunta con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución epidemiológica y de las condiciones sanitarias correspondientes.

En sus considerandos, el decreto realiza una evaluación epidemiológica de las medidas objeto de prórroga, advirtiendo que el Estado nacional ha mejorado e incrementado la capacidad de asistencia del sistema de salud a través de lo que se conoce comúnmente como “aplanamiento de la curva”, tarea que, como se ha verificado a lo largo de este lapso, se viene logrando con éxito. Así lo demuestra la extensión del tiempo de duplicación de casos de COVID-19, que se extendió a veinticinco —25— días, al 8 de mayo de 2020. Indica que la situación epidemiológica a esa fecha, en nuestro país, con un total de 5.680 casos confirmados y 297 personas que han muerto a causa del coronavirus, permite observar un comportamiento regional distinto al ocurrido en las semanas anteriores y que la evolución de la pandemia en la mayoría de los países de la región ha evidenciado trayectorias mucho más severas.

El día 24 de mayo de 2020, se emitió el decreto de necesidad y urgencia 493/2020, extendiendo la cuarentena hasta el día 7 de junio de 2020 y volviendo a prorrogar las medidas dispuestas originalmente por el dec. 297/2020.

Entre sus fundamentos el decreto de necesidad y urgencia repasa el estado sanitario actual a nivel mundial, regional y de nuestro país, comparando algunos resultados provisorios alcanzados por diversas medidas adoptadas por

esté definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos “con transmisión local o por conglomerado”. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios indicados no se cumplieren en un Departamento o Partido, no podrá disponerse excepción alguna respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Al disponerse la excepción se deberá comunicar la medida en forma inmediata al Ministerio de Salud de la Nación”.

diferentes Estados (35), y se especifican los indicadores epidemiológicos de Argentina resaltando una disminución en la tasa de duplicación de casos, que al dictado de la norma retrocedió a trece coma cuatro (13,4) días. Considera que, en atención a los resultados del esfuerzo realizado por la sociedad en su conjunto y de conformidad con las recomendaciones recibidas por los expertos y las expertas que asesoran a la Presidencia, se evalúa que es necesario seguir adoptando decisiones consensuadas con los gobernadores de las provincias y con el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para atender a las diferentes realidades y a la evolución epidemiológica que se verifica en las distintas regiones del país.

En los considerandos profundiza en la existencia de dos situaciones sanitarias muy diferentes dentro de la geografía nacional, una más preocupante integrada por el AMBA, la zona de Córdoba y Gran Córdoba, y la zona de Resistencia y Gran Resistencia, en las que existe transmisión comunitaria sostenida y son los lugares donde se observa la mayor concentración de casos y muertes del país, por lo cual requieren de un especial abordaje para controlar el crecimiento en el número de casos, y allí deben dirigirse los

---

(35) Expone el decreto: “Que no se conoce todavía en el mundo un país que haya superado totalmente la epidemia en forma plenamente exitosa, por lo que no puede aún validarse en forma categórica ninguna estrategia adoptada, máxime cuando las realidades sociales, económicas y culturales son diversas. Por este motivo se debe continuar en el diseño de una estrategia nacional específica para atender las urgencias y los desafíos que demanda una situación epidemiológica con características inusitadas y, en muchos aspectos, desconocidas. Que al día 22 de mayo, según datos oficiales de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se han confirmado más de 4,9 millones de casos y 327 mil fallecidos en un total de 215 países, áreas o territorios con casos de COVID-19. Que, a nivel regional, se observa que el 70,2% de los casos corresponde a Estados Unidos de América, el 12,9% corresponde a Brasil y solo el 0,4% corresponde a Argentina, y que similar distribución presenta el total de fallecidos donde el 70,9% corresponde a los Estados Unidos de América, el 14,3% a Brasil y el 0,3% a la Argentina. Que la tasa de incidencia acumulada para Argentina es de 22 casos cada 100.000 habitantes, y resulta una de las más bajas de la región. Que la tasa de letalidad se ha mantenido relativamente estable para Argentina desde el inicio de la pandemia y a la fecha es de 4,2% y la tasa de mortalidad es de 9,8 por millón, y se mantiene dentro de los países con menor índice de mortalidad en la región”.

mayores esfuerzos. Por otra parte, la situación del resto de las provincias donde la enfermedad ha adquirido características distintivas, sea por el origen de la infección, la evolución que se ha observado en cada brote, las dinámicas propias de cada área en relación con la demografía y la respuesta que ha podido dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia. Por ello, en función de la distinta evolución de la epidemia en las diversas jurisdicciones, la determinación de la forma en que debe realizarse el aislamiento social debe ser evaluada a la luz de distintos parámetros y, necesariamente, debe adaptarse a la situación particular de cada provincia, departamento o territorio. La decisión respecto al momento en que se debe avanzar o retroceder de fase no depende de plazos medidos en tiempo, sino de momentos de evolución de la epidemia en cada lugar, que deben ser monitoreados de manera permanente.

Finalmente, el 8 de junio de 2020, el presidente de la Nación emitió el decreto de necesidad y urgencia 520/2020, extendiendo la cuarentena para la región del AMBA y algunas ciudades del interior del país, hasta el día 28 de junio de 2020 y disponiendo el reemplazo del aislamiento social, preventivo y obligatorio por la medida de *distanciamiento social, preventivo y obligatorio* para el resto de las jurisdicciones.

En su primer capítulo el decreto regula el *distanciamiento social, preventivo y obligatorio* estableciéndolo para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias argentinas en tanto estos verifiquen en forma positiva los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria. 2. El aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen “transmisión comunitaria” del virus. 3. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a quince días (36).

---

(36) Según el art. 3º del DNU 520, A la fecha de dictado del presente decreto se encuentran alcanzados por lo dispuesto en el art. 2º del mismo, los siguientes lugares: Todos los departamentos de la Provincia de Catamarca; Corrientes; Entre Ríos; Formosa; Jujuy; La Pampa; La

Al regular el nuevo Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatoria, dispone lo relativo a los límites a la circulación (art. 4º); reglas de conductas generales (art. 5º); protocolos de actividades económicas (art. 6º) y normas y protocolos para actividades deportivas, artísticas y sociales (art. 7º). También aborda la evaluación para el reinicio de clases presenciales (art. 8º) y detalla las actividades prohibidas durante el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (art. 9º).

En su segundo capítulo la norma vuelve a regular el sistema de cuarentena, prorrogando en su art. 10 hasta el día 28 de junio, la vigencia del dec. 297/2020, que establece el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, exclusivamente para las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente los parámetros epidemiológicos y sanitarios previstos en el presente decreto. A la fecha de dictado del decreto en análisis se encuentran alcanzados los siguientes lugares: el aglomerado urbano denominado Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); el departamento de San Fernando de la provincia del Chaco; los departamentos de Bariloche y de General Roca de la provincia de Río Negro; el departamento de Rawson de la provincia del Chubut y la Ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano de la provincia de Córdoba. También regula la autorización de nuevas excepciones (art. 13); los límites para la autorización para circular (art. 14); las actividades prohibidas durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (art. 15) y la prórroga de salidas sanitarias (art. 16).

El último capítulo del decreto de necesidad y urgencia regula las disposiciones comunes para el distanciamiento social y para el aislamiento social (arts. 17 a 26).

Rioja; Mendoza; Misiones; Neuquén; Salta; San Juan; San Luis; Santa Cruz; Santa Fe; Santiago del Estero; Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Tucumán; Chaco (excepto el de San Fernando); Chubut (excepto el de Rawson); Río Negro (excepto los de Bariloche y General Roca); Córdoba (excepto la ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano); Provincia de Buenos Aires (con excepción de los cuarenta partidos que comprenden el AMBA).

#### *II.4. Prohibición de ingreso al territorio nacional*

Por el art. 1º del dec. 274/2020 se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, con el objeto de reducir las posibilidades de contagio. Este plazo, a su vez, se ha visto prorrogado primero por el dec. 331/2020 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive y luego, por el dec. 365/2020 hasta el 26 de abril de 2020, inclusive y luego, por el dec. 409/2020, hasta el 10 de mayo de 2020.

Esta decisión fue impugnada judicialmente, quedando radicada la causa ante la Justicia Federal de la provincia de Tucumán, que, en cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco del dec. 260/2020, manifestó: “... Asimismo, se contempló que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos (como los de circulación y de residencia) y, en consecuencia, que su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la República Argentina se encuentra atravesando. También se ha considerado que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad”; y en ese mismo orden de ideas que “[l]a medida dispuesta responde a la necesidad de garantizar la salud pública frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado” (37).

#### *II.5. Regulaciones económicas y sociales*

Como medidas de acompañamiento de las regulaciones sanitarias el Gobierno generó po-

(37) CFed. Tucumán, 11/04/2020, “C., J. A c. Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986”.

líticas de protección económica para morigerar el impacto del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” que fueron implementadas a través de distintos instrumentos normativos. Entre las políticas para proteger el ingreso de las familias y la viabilidad de las empresas se incluye el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), el crédito a tasa cero para las trabajadoras y los trabajadores independientes registrados y la postergación o reducción de los aportes patronales, así como un salario complementario, en el caso del programa para la asistencia a las empresas y el trabajo (ATP). A estas políticas de sostenimiento de los ingresos se sumó el pago de bonos especiales para los sectores más vulnerables (AUH, AUE, jubilados que cobran el mínimo haber jubilatorio, personas con discapacidad, entre otros) y a los sectores que trabajan cotidianamente para prevenir y contener la expansión de la epidemia, como son las trabajadoras y los trabajadores de la salud, de la seguridad y de las fuerzas armadas.

Paralelamente, el gobierno nacional adoptó una serie de decisiones adicionales destinadas a contrarrestar el incremento de los gastos para las familias y las empresas, entre ellas el congelamiento de las tarifas y la suspensión temporaria de los cortes por falta de pago de los servicios públicos; el congelamiento de alquileres y suspensión de desalojos; el congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios y prendarios UVA y la suspensión de las ejecuciones por estas causas y facilidades para los pagos de deudas acumuladas; el pago en cuotas de los saldos en las tarjetas de crédito, y los préstamos a tasa fija para el pago de la nómina salarial y capital de trabajo, entre otras.

También, por decreto del Poder Ejecutivo nacional 329 del 31 de marzo de 2020 (Prorrogado por dec. 487/2020 del 18/05/2020), se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta días **(38)**.

(38) Que, en el marco de las obligaciones asumidas por la República Argentina en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar medidas

### III. Los derechos afectados y la regulación jurídica de su limitación o suspensión legal. Poder de policía y emergencia

El abordaje de este conflicto desde un análisis jurídico —en especial desde el derecho administrativo— nos conduce, para realizar el control de constitucionalidad, a ponderar si la norma, o en generar la actividad del Estado, busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales o colectivos (arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la CN).

transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias. Que, a su vez, el art. 14 bis de la CN impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo. Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento “Las normas de la OIT y el COVID-19 (Coronavirus)” que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados”. Que, por su parte, el art. 1733 del Cód. Civ. y Com. en su inc. b) establece expresamente la posibilidad que la “fuerza mayor” no exima de consecuencias o pueda ser neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal así lo prevea. Que una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia ya citadas, autoriza a colegir que cabe atender el principio establecido por la CS en “Aquino”, CS, Fallos 327:3753, consid. 3º, en orden a considerar al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela, por imperio de lo ordenado por la Constitución Nacional. Que, asimismo, resulta indispensable continuar garantizando la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales de distracto laboral, que no serán más que una forma de agravar los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar.

### III.1. Los derechos individuales en juego

En este punto pretendo analizar la afectación de derechos provocada por la medida sanitaria de aislamiento social, preventivo y obligatorio, quedando marginadas el resto de las políticas públicas adoptadas en vinculación directa o indirecta con el COVID-19.

Resulta evidente la afectación de los derechos individuales reconocidos en el art. 14 de la CN, que establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

Especificando un poco más, y recurriendo al nuevo sistema de fuentes internacionales de nuestro ordenamiento jurídico, la cuarentena impacta directamente sobre el derecho de reunión (39) y el derecho de circulación y residencia (40), y de una forma indirecta —derivada de las consecuencias económicas del aislamiento social— en el derecho de propiedad (41).

(39) CADH, art. 15: “Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

(40) CADH, art. 22. “Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inc. 1º puede asimismo ser restringido por la ley en zonas determinadas, por razones de interés público...”

(41) Art. 21. “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de

Tales derechos resultan pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su art. 12, inc. 1º el derecho a “... circular libremente...” y el art. 12, inc. 3º establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su observación general 27: “... 14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas” (42).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 22, inc. 3º que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el art. 22, inc. 1º, entre otros, “... no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...”

(42) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Comentario general N.º 27”, supra nota 135, párrs. 14 y 15.

En su art. 30, la CADH establece expresamente que las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en ella, 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.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su observación general 27, en el sentido de que “el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona (...)”. “El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática” (43).

Recientemente la Corte Interamericana emitió una resolución que indica a los Estados cuáles son las pautas de sus políticas públicas destinadas a combatir el coronavirus respetando los Derechos Humanos (44), en la que

(43) Corte IDH, “Canese vs. Paraguay”.

(44) Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre COVID-19 y Derechos Humanos. Indica el Tribunal que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó —en su declaración del 9 de abril de 2020— los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19, en la que instó a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados están realizando para abordar y contener esta situación que concierne

recordó los requisitos y limitaciones a las restricciones o suspensiones de los derechos: “... Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos” (45).

### III.2. Los derechos fundamentales en juego. Derecho a la salud y derecho a la vida

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros —tanto del Estado como de otros particulares—, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica —derecho a la atención o asistencia sanitaria— una vez producida la afectación a la salud (46). Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párr. 1º del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. En los dos primeros puntos destaca la Corte la necesaria cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre los Estados y la necesaria colaboración de organismos multilaterales, de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos.

(45) Agregó la Corte IDH agregó que “[d]ebe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.

(46) ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, LA LEY 2001-D, 22.

se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud.

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Así la CS ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CS, Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (CS, Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la CN y CS, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)” (47).

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre la medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los

(47) 3 CS, I. 248. XLI. recurso de hecho causa “I., C. F. c. provincia de Buenos Aires s/ amparo”, res. del 30/09/2008.

derechos reconocidos en ese tratado (art. 2.1, PIDESC) (48).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución 1/2020 referida al COVID-19, dijo al respecto: “El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad” (49).

Finalmente, corresponde destacar que el derecho a la vida —en este caso vinculado inescindiblemente al derecho a la salud—, a diferencia de los derechos individuales vistos en el punto anterior (derecho a la circulación, derecho de reunión, derecho de propiedad) no es susceptible de ser suspendido por los Estados, aún en casos de peligro público o emergencia, no quedando autorizado el Gobierno a la limitación de las garantías previstas excepcionalmente en el art. 27 de la CADH.

(48) CS, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho”. CNFed. Cont. Adm., sala I, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, fallos de 01/06/2000 y 05/03/1998 —LA LEY 1999-F, 749 (42.063-S)—, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, 02/09/1997, “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”; CNFed. Cont. Adm., sala IV, 02/06/1998, “Viceconte, Mariela c. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986” —LA LEY 1998-F, 305—; CNCiv., Neuquén, sala II, 19/05/1997, “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”.

(49) Agregó la Corte IDH: “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas”.

### III.3. Los grupos de personas vulneradas en sus derechos fundamentales

Surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad. Su protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho: “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (observación general 4, párr. 11).

Otro ejemplo de ello es la adopción de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad”. El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal (50).

En la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre COVID-19

(50) Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

y Derechos Humanos, especifica el Tribunal al respecto: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, *en especial*, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”.

Dedica la Corte un párrafo especial para otro grupo de personas vulneradas: “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”.

Finalmente, el Tribunal Interamericano refiere al grupo de trabajadores, afirmando: “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle”.

### III.4. El principio de legalidad del Estado constitucional y social de derecho. Tutela preferencial de derechos fundamentales por sobre derechos patrimoniales

Como explica el profesor Patricio Sammartino, la última reforma constitucional reconfiguró nuestro Estado de derecho y evolucionó al actual Estado constitucional social de derecho, que lleva insito la genuina e irreversible expansión de los derechos fundamentales y de las garantías que los tutelan, implicando que, desde el estado constitucional, la actuación administrativa se erige en el instrumento técnico que concretiza directa e inmediatamente el acceso a los bienes que asegura hoy la Constitución. Esa función adquiere hoy mayor gravitación cuando se verifican necesidades urgentes insoslayables (51).

Explica este autor que una de las consecuencias prácticas del actual Estado constitucional social de derecho es que, además de los principios formales —de reserva de ley y de especificación— y materiales —de favor libertatis y proporcionalidad—, en el estado constitucional rige, como estándar teleológico de interpretación de los antecedentes de hecho y derecho del acto —causa, art. 7º, inc. b), LNPA— que habrá de reflejarse en el contenido u objeto —art. 7º, inc. c), LNPA—, la idea rectora de favorecer la vigencia efectiva del sistema de derechos humanos que consagra la Constitución Nacional (art. 7º, inc. f), LNPA). Recurriendo entonces a las nuevas fuentes de nuestro ordenamiento jurídico encontramos que en él se efectúa una división esencial entre distinto tipos de derechos, lo que provoca un tratamiento diferenciado del Estado, según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico patrimonial (52).

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales

(51) SAMMARTINO, Patricio M. E., “Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, ED, Buenos Aires, viernes 30 de octubre de 2015. Ver también del mismo autor: “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, EDA 2007-639.

(52) SAMMARTINO, Patricio M. E., “La noción...”, ob. cit.

entre derechos fundamentales —en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)— y derechos patrimoniales —en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)—, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento diferenciado por parte del Estado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad.

Comienza el jurista italiano por establecer que “[l]os derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar” (53), caracterizándolos como derechos subjetivos —intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas—, universales —pertenecientes a todos en condiciones de igualdad— e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia” (54). Agrega que estos derechos “pertenecen solo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos —como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida— o a determinados sujetos públicos —como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud—, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales,

(53) FERRAJOLI, Luigi, “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

(54) *Ibidem*, p. 776.

al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles... el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa” (55). Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos

(55) *Ibidem*, p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no solo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son, en cambio, desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Estos se acumulan y se extinguen, aquellos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que, además, el derecho positivo, aunque solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica” (56).

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distinguidos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o —por último— las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no

(56) *Ibidem*, p. 718.

es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar” (57).

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales. Esta obligación del Estado se agudiza cuando estos mismos grupos son especialmente vulnerables por una enfermedad pandémica que por sus especiales condiciones de vida y salud los afecta en forma diferenciada respecto del resto de los integrantes de la sociedad.

Encontrándose en conflicto un derecho fundamental y colectivo (derecho a la salud y derecho a la vida de todos los habitantes del país), que encuentra una especial afectación de determinados grupos vulnerados, frente a derechos individuales (susceptibles de razonable regulación que los limite temporalmente) y derechos patrimoniales (básicamente, derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones), resulta claro que el Estado debe —por imposición jurídica derivada del actual Estado constitucional social de derecho— adoptar medidas para garantizar los primeros, limitando en forma transitoria y razonable, los segundos.

#### IV. Control de razonabilidad

Brevemente haré mención de los criterios para controlar la razonabilidad de los actos estatales. El primero de ellos implica un nivel básico y mínimo de control y consiste en realizar un análisis de relación, entre los fines que se procuran con el dictado del acto y los medios elegidos para alcanzarlos. Es decir, según este patrón, para que el acto administrativo se muestre como razonable, basta con que su conteni-

do resulte idóneo o apto para lograr la finalidad perseguida por el órgano del cual emana.

El segundo de ellos evidencia mayor rigidez que el anterior, puesto que aquí se evalúa que entre el contenido del acto y su finalidad exista relación de proporcionalidad, verificando, de este modo, que el medio escogido por la autoridad no exceda —por su desproporción— la finalidad pública perseguida.

Conforme lo expresa Cassagne, en lo esencial existen tres tipos o especies de conductas que despojan de razón suficiente a la pertinente actuación estatal, a saber: a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentario) o de los principios generales del derecho; b) desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al derecho positivo por el art. 7º, inc. f) *in fine* de la LNPA); c) exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza penal-administrativa) cuando las normas y/o medidas administrativas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el ordenamiento) y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunos situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas (58).

La razonabilidad no es una exigencia que solo deba predicarse del acto administrativo, sino que, como se evidencia en el derecho comparado es exigible a todo el actuar del Estado, con fundamento en el art. 28 de la CN, sea que trate del ejercicio de actividad reglada o discrecional, aunque en este último campo, el mentado recaudo se muestra como un mecanismo apropiado para el control de este tipo de facultades.

De esta manera, como lo ha destacado la jurisprudencia, la proporcionalidad actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido

(57) *Ibidem*, p. 752.

(58) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

y los medios puestos en acción para su realización.

En el ámbito de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la proporcionalidad —entendida como especie de razonabilidad y como condición ineludible que debe cumplir el acto administrativo— ha sido receptada por dicho cuerpo legal en el art. 7º, inc. f) como un componente del elemento finalidad, al prescribirse que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

En el caso del acto administrativo, la razonabilidad surge de la vinculación entre objeto y finalidad del acto administrativo, con lo cual la ausencia de tal recaudo determina su nulidad absoluta. Por último, evidenciando un control más estricto por parte del juez, que, en los supuestos analizados, encontramos el estudio de costos y beneficios que trae aparejado el dictado de un acto administrativo, lo cual se acerca en la práctica al análisis de oportunidad y conveniencia, poniendo en peligro el principio de la división de poderes, pues tal forma de proceder se encuentra vedada al Poder Judicial, incluso en el derecho comparado.

En este orden de cosas se ha expresado que el control de razonabilidad dentro de una causa debe realizarse a través de la aplicación de un estándar básico de razonabilidad que contemple el caso concreto de manera tal que los jueces no excedan sus funciones específicas y acaben valorando la oportunidad mérito o conveniencia de las medidas adoptadas, lo que llevaría al gobierno de los jueces.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha valido de esta herramienta de la razonabilidad para controlar la actividad administrativa, sobre todo frente al ejercicio de facultades discrecionales. En tal sentido, ha señalado que “la circunstancia que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte in-

teresada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia” (59).

## V. Motivación

Como explica la doctrina, la motivación de la actuación de la Administración pública nace básicamente del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales e implica que el Estado debe dar a conocer las razones de sus decisiones (60). Para Carlos Balbín la motivación del acto estatal es “la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad. De modo que el Ejecutivo debe explicar cuál es el vínculo entre las causas y el objeto, y entre este y la finalidad; y solo en tal caso, el acto está debidamente motivado en términos racionales y jurídicos”, agregando que “la motivación lleva dentro de sí dos componentes, esto es: las razones y la proporcionalidad. Así, el vínculo entre la causa y el objeto debe guardar razonabilidad y, además, proporción entre ambos; igual que el trato entre el objeto y el fin del acto. En otras palabras, el elemento motivación del acto debe unir, pero no de cualquier modo sino de forma racional y proporcional, las causas, el objeto y el fin, dándole al acto un sentido coherente y sistemático” (61).

La obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (art. 1º, CN) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público. Si bien es cierto que la observancia de este requisito esencial no puede desvincularse del alcance de las potestades atribuidas a la autoridad administrativa por el ordenamiento, no lo es menos que su modo de

(59) La jurisprudencia de la Corte evidencia que el mecanismo de razonabilidad ha sido utilizado de manera frecuente para control del ejercicio de facultades discrecionales.

(60) BALBÍN, Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, p. 344.

(61) *Ibidem*, p. 344 y ss.

concreción depende en cada caso del contenido de la atribución involucrada y, por ende, del objeto del acto que la ejercita o expresa. En otros términos, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (62).

Como recaudo de validez del acto administrativo la motivación cumple la finalidad de permitir que la Administración sometida al derecho dé cuenta de sus decisiones, permitiendo que estas puedan ser examinadas en su juridicidad por la justicia en caso de ser impugnadas, posibilitando el ejercicio del derecho de defensa de los afectados, el que comprende el derecho a una decisión fundada, es decir, que sea el resultado de la ponderación de todos los antecedentes.

Como se puede observar de la lectura de los sucesivos decretos de establecimiento y prórroga de la cuarentena, la motivación de las medidas se encuentra suficientemente expuesta, en la que el elemento causa se halla presente en los hechos (constatación de la propagación de casos del nuevo coronavirus COVID-19 en nuestro país) y derecho (obligación constitucional del Estado de preservar la salud y vida de la población), que la medida de aislamiento social (objeto) tiene el objetivo de mitigar la propagación del virus y su impacto sanitario (finalidad), destacando que las medidas que se establecieron son temporarias, resultan necesarias, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

Además de tener los fundamentos de cada decisión una explicación accesible a la población general, se destaca que tienen un fundamento fáctico, reforzado por estadísticas y la permanente consulta a un grupo de científicos —médicos epidemiológicos— que asesoraron a las máximas autoridades del Gobierno nacional, antes de la adopción de cada medida.

Las disposiciones sanitarias de aislamiento se han dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende proteger la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas pro-

porcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

En los sucesivos fundamentos de los decretos emitidos para el establecimiento de la cuarentena, se puede leer el desarrollo sanitario y los resultados alcanzados por el aislamiento social, evaluando positivamente la proporcionalidad de dichas políticas con relación a la finalidad establecida. En concreto estas medidas han permitido, hasta el momento, contener la epidemia, por la aparición gradual y detección precoz de casos y por la implementación de las acciones de control ante casos con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación en una gran parte del país y habiéndose evitado la saturación del sistema de salud, a diferencia de lo sucedido en otros lugares del mundo.

Como lo informó el Instituto de Investigaciones Epidemiológicas (IIE), perteneciente a la Academia Nacional de Medicina, “no hay dudas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido en la Argentina desde el 20 de marzo pasado fue la clave para que en el país no registrara los miles de decesos que hubo en otras naciones, tanto de la región como del resto del mundo. Si bien su postergación en las zonas afectadas es cuestionada por algunos sectores, hay unanimidad a la hora de afirmar que gracias a la cuarentena se salvaron vidas” (63).

(63) Agrega el informe del IIE: “Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID-19, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas. Para efectuar este análisis para cada país se establece como día 1 cuando se presentó el primer fallecido y de allí se realiza el seguimiento. De esta forma es posible observar que Brasil es el estado de América Latina que tiene el mayor número de fallecidos (34.021) y Argenti-

(62) SCBA, B 59937 S 28/02/2018 Juez Soria.

Por último, la tendencia general de todas las medidas adoptadas evidencia que el objetivo es proteger la salud de la comunidad y minimizar las restricciones a libertades y derechos individuales, con el correspondiente avance de las excepciones al aislamiento social y la gradual liberación de zonas geográficas, donde la condición sanitaria y epidemiológica lo aconseja.

## VI. El estándar de razonabilidad y las medidas de acción positiva

El control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales, una de las que más se distingue es el estándar jurídico de la razonabilidad, que ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad. Se ejerce sobre toda la actividad estatal (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y constata la forma en que estas decisiones alteran los derechos, principios y garantías del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional, Tratados DD.HH., Tratados de Integración y Tratados de Derecho Internacional del Comercio) (64).

La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, una fórmula elástica, que debe adaptarse ya que se aplica a situaciones cuyo contenido es variable, por circunstancias de las personas a las que se aplica, lugar y tiempo, contexto, etc. Su fundamento normativo lo encontramos en el art. 28 de la CN respecto de las leyes y 99, inc. 2° del mismo texto, respecto de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Lo razonable es lo justo y equitativo, con conforme con los principios y creencias de la Constitución, es lo proporcional al efecto, lo exigido por la igualdad, lo armónico dentro del todo y lo equilibrado entre los extremos.

Como vemos, la idea que anide en el ordenamiento jurídico respecto del derecho a la

na el más bajo [615]. Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID-19, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas. Fuente [www.perfil.com](http://www.perfil.com).

(64) Ampliar en: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Administración pública, juridicidad y derechos humanos", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

igualdad necesariamente impacta —no solo del principio de legalidad que debe guiar todo el actuar del Estado—, sino también en la construcción del estándar de razonabilidad que resulta ser la herramienta jurídica para controlar la constitucionalidad de todo el accionar de las autoridades públicas.

El concepto de igualdad ante la ley que reemplazó la Constitución argentina de 1853/60 en su art. 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos —aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos— que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico. Adopta la forma de igualdad como no arbitrariedad o igualdad como no discriminación.

A esta mirada liberal clásica se opone la idea de la *igualdad estructural* (art. 75, inc. 23, CN) que adopta la forma de igualdad como no sometimiento o igualdad como no exclusión. El objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad. Tiene un claro componente estructural. Considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad, por cuestiones ajenas a su voluntad y conducta (65).

La desigualdad estructural se debe a una situación sistémica de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan. El derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad.

(65) SABA, Roberto, "(Des)igualdad estructural. Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art. 16, CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos (66). Para dicho autor, la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994. Su argumentación intenta demostrar que, “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 —pero también en los arts. 37, 75, inc. 2º y 75, inc. 19— la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada” (67).

El concepto de igualdad ante la ley que recibió la Constitución argentina de 1853/60 en su art. 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos —aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos— que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual

desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (art. 75, inc. 19) (68).

En especial en su art. 75, inc. 23 de la CN establece que corresponde; legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La acción afirmativa fue definida por la *Organización de Naciones Unidas* como “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.” Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya explican que “[l]as llamadas acciones positivas: son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, los cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad y oportunidad y trato” (69).

Pero, en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por la vi-

(68) DAMSKY, Isaac A., “Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas”, Ed. RAP, Buenos Aires, 2019. Explica el autor que “[l]as nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afincadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana, con más el impacto de los postulados de la democracia deliberativo participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático representativas cerradas, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte mercadocentrista, nos advierten sobre un cambio de época”, p. 26.

(69) “Derecho Constitucional Argentino”, t. I, p. 415. Agregan: “Es decir, que se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de ventajas en forma imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente. Se designa (jurídicamente) para tender a igualar (fácticamente)... Esta expresión que alude a la variante de poder de policía amplio para favorecer el ejercicio de ciertos derechos...”

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*, p. 32.

sión individualista de la igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. En estos casos, la situación de hecho de estas personas es que el trato que reciben por parte del Estado es sistemáticamente excluyente, a pesar de ser razonable.

Es preciso realizar algunos ajustes al estándar de razonabilidad, con el fin de lograr una interpretación armónica tanto del art. 16 como del art. 75, inc. 23 de la CN, de modo que concilie la noción de igualdad como no arbitrariedad con la igualdad como no sometimiento, implícita en las acciones afirmativas.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, debiendo tales derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas (70). Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no solo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también debe ser aplicado momento de someter al control de razonabilidad de la actividad administrativa por parte del Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho: “El Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de confis-

catoria, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar”, agregando: “En miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o un indebido privilegio personal o de un grupo. El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no solo deriva de modo genérico de los arts. 16 y ccs. de la CN, sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el art. 42, CN incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato equitativo...” (71).

### **VII. Un ejemplo de tutela jurídica diferenciada en tiempos de pandemia. La res. 139/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación y el concepto de “hipervulnerabilidad”**

Un ejemplo claro de una tutela jurídica diferenciada, que tomó en cuenta la situación de los grupos vulnerados y la naturaleza de los derechos afectados, es la res. 139/2020 emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación por la que se institucionaliza una especial tutela de acompañamiento oficiosa, expedita y especializada hacia los reclamos presentados por consumidores hipervulnerables (personas que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumido-

(70) CS, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, res de fecha 24/08/2012.

(71) CS, 18/08/2016, “CEPIS c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

res) (72), estableciendo un listado de posibles causas de hipervulnerabilidad (73).

En sus considerandos se puede leer que el art. 42 de la CN “reconoce en las y los consumidores su vulnerabilidad estructural en el mercado de consumo frente a los proveedores de bienes y servicios y la necesidad de que, las autoridades públicas provean a la protección de sus derechos. Que, no obstante, la vulnerabilidad estructural de todos los consumidores en el mercado, algunos de ellos pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos”.

(72) Art. 1º: “Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

(73) Art. 2º.— A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme ley 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos [2] Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (ley 23.848)”.

Agrega que la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) impone la necesidad de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la citada Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad”.

Así, continúa fundamentando la decisión con los argumentos de que los grupos especialmente desaventajados mencionados anteriormente, también se encuentran alcanzados por la protección de la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, los cuales gozan de jerarquía constitucional en los términos del inc. 22 del art. 75 de la CN. Que, a su vez, con relación a los adultos mayores, se encuentran alcanzados por las previsiones de la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

Concluye el hilo argumental del razonamiento, afirmando que “la existencia de condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran ciertos grupos de personas requiere la intervención de los tres Poderes de la República Argentina en aras a mitigar las desigualdades mencionadas”. Así también, “el reconocimiento de estos grupos desaventajados obliga al resto del aparato de la Administración pública a intervenir en las situaciones de desigualdad y privación de derechos, especialmente cuando se trata de sujetos en situación de vulnerabilidad”.

Entiendo que este tipo de políticas públicas están en orden con los fines de nuestro actual Estado constitucional y social de derecho y da cumplimiento a las obligaciones internacionales y nacionales que asumimos como Estado.

### **VIII. El primer escrutinio judicial de la cuarentena dispuesta por el Gobierno nacional. El aislamiento social como medida de acción positiva. El caso “Kingston”**

La respuesta constitucional a la situación de emergencia es un ejercicio particular del poder

de policía: aunque restringe más intensamente los derechos para superar la contingencia, subsiste el control judicial de razonabilidad sobre las medidas adoptadas. A todo evento siempre debe resultar judicialable, en miras a respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ninguna declaración de esta índole implica suspender la vigencia de la Constitución, ni, por ende, alterar la división de poderes ni permitir la violación de los derechos personales.

El señor Patricio Kingston inició una acción judicial —*habeas corpus*— contra el Estado nacional, a fin obtener la anulación de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesta por el Gobierno argentino para evitar la propagación del COVID-19. Las razones de salud pública que motivaron el dictado del decreto de necesidad y urgencia 297/2020 permitieron al Poder Judicial descartar que las restricciones a la libertad ambulatoria que se señalan en la demanda violaran derechos constitucionales o atacaran el ordenamiento jurídico (74).

La Cámara interviniente analizó la razonabilidad de la medida y sostuvo: “A estos fines para realizar el control de constitucionalidad se tiene que ponderar si la norma busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales (arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la CN)”.

Advirtió el tribunal que el aislamiento dispuesto constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión (art. 14 de la CN). Sin embargo, consideró que esta restricción a derechos fundamentales tiene sustento en la exposición de motivos de la norma de la que se extrae, en forma nítida, las razones de salud pública de público conocimiento que han dado origen a la decisión adoptada.

Agregó que, “[c]omo se advierte de la lectura de los motivos considerados por el Poder Ejecutivo, la medida adoptada —aislamiento so-

cial— es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad... Tal medida, a su vez, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de preservar la salud pública. Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19... Si bien en esos casos se trataba la necesidad de prestación médica por parte del Estado nacional, en la situación excepcional que da cuenta la norma impugnada y la situación pública y notoria, la acción positiva a la cual puede recurrir el Estado para preservar la salud, ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud, es el aislamiento social al que se ha recurrido”.

Evaluó que la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida —indicó el tribunal— también se ajusta a los parámetros constitucionales en tanto se ha previsto en la legislación distintos supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales, como la asistencia a niños, niñas y adolescentes, a personas mayores y a quienes lo requieran. Además, la restricción de movimientos general tiene excepción cuando tenga sustento en cuestiones de necesidades alimentarias, de limpieza y médicas en lugares cercanos. En este contexto de excepcionalidad, también señala la Cámara, que el Poder Ejecutivo remitió, conforme surge de la norma, el decreto a consideración del Congreso de la Nación para su tratamiento por parte de la Comisión respectiva circunstancia que demuestra que se han respetado las normas constitucionales.

(74) Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sala Integrada de *habeas corpus*, 19.200/2020, “Kingston, Patricio. *Habeas corpus*. Interloc. 14/143”.

Por último, razonó el Tribunal sentenciante, tampoco existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria porque el decreto en forma específica dispone que la fuerza policial en caso de detectar un incumplimiento a la norma dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205 y 239 del Cód. Penal. En esta inteligencia, el Juez Penal con jurisdicción deberá resolver el caso concreto, por lo cual se descarta asimismo en esa situación un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente (art. 3º, *a contrario sensu*, de la ley 23.098). En definitiva, por los argumentos expuestos, el planteo efectuado por el letrado no logra demostrar que la normativa impugnada implique una afectación a los derechos constitucionales. Por el contrario, se advierte que busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional.

### IX. Conclusiones (provisorias)

Lo provisionalidad de estas primeras conclusiones se desprenden de encontrarnos en medio del desarrollo de la pandemia, sin haber superado el esperable pico de contagios y fallecimientos, y asistiendo a una batería muy compleja de medidas y políticas públicas llevadas adelante por el Estado nacional y los Estados locales, con el apoyo de la población del país.

Sí intentaré responder algunas de las preguntas con las que iniciamos este trabajo, afirmando que el Estado nacional, actuando en coordinación con el resto de las esferas públicas, ha tomado una serie de medidas sanitarias y económicas, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud y vida de la población, resultando adecuadas atento a los resultados —provisorios— hasta el momento alcanzados. Algunas de esas decisiones reglamentaron derechos individuales en forma razonable y acorde a derecho. Por ello, tratándose de una cuestión determinada por el principio de legalidad, en la que los márgenes de posibilidades de actuación están contenidos por el ordenamiento jurídico constitucional, y en virtud del principio de razonabilidad antes descripto (en el que debe ponderarse la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales mediante medidas de acción positiva que protejan especialmente a los grupos de personas vulneradas), no exis-

te resquicio legal alguno para las superficiales, endebles y malintencionadas especulaciones sobre “costos y beneficios” de las medidas adoptadas por el Gobierno nacional frente a la pandemia.

La medida de aislamiento social —que ha demostrado ser la única respuesta sanitaria posible para salvar vidas y proteger la salud pública— es prácticamente la única posibilidad que nuestra constitución le deja al Gobierno nacional, para no violar el ordenamiento jurídico y tener luego que responder nacional o internacionalmente por ello. El actual Estado constitucional y social de derecho les impone a las autoridades a respetar el derecho a la salud de la población mediante políticas públicas activas y diferenciadas a fin de garantizar derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país y, en especial, de determinados grupos de personas especialmente vulneradas (75). Como lo sostuvo la Cámara que intervino en la causa judicial analizada —Kingston—, el aislamiento social, preventivo y obligatorio constituye una de las medidas de acción positiva a que se encuentra constitucionalmente obligado el Estado frente a la situación sanitaria que vivimos. También es obligación del Estado garantizar —mediante acciones positivas— los derechos fundamentales básicos de aquellas personas que integran grupos sociales vulnerados económicamente y que, en el contexto de paralización de las actividades, pueden ver afectada su subsistencia, calidad de vida y derechos humanos primordiales, como —por ejemplo— el de alimentación.

En este contexto crítico, todas las personas que vemos afectados —razonablemente— algunos de nuestros derechos individuales, fundamentales o patrimoniales, tenemos que correlacionar solidariamente nuestros derechos con los deberes que como ciudadanos tenemos para con la comunidad y la humanidad. Se nos impone recordar en estos tiempos que aquellos derechos que nos reconoce el ordenamiento jurídico están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

(75) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, ob. cit.

Quiero terminar este primer abordaje a un complejo tema en permanente desarrollo, con la mirada más general expuesta por el profesor Raúl Gustavo Ferreyra: “El *aislamiento obligatorio* de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal. En América del Sud más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay un mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que, para la economía, frágil y vulnerable de esas personas, ocasionará el aislamiento. El encerramiento que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales significa el mejor horizonte posible, incluso sin saber su fecha de

finalización. La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no bastará con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Ese repertorio normativo, fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie, felizmente, descansa en la abrumadora mayoría de las Constituciones de América del Sud. Sin solidaridad no hay campo para contener el daño de la peste” (76).

---

(76) FERREYRA, R. G., *ob. cit.*

# El derecho a la vivienda digna en CABA en tiempos de COVID-19

Adrián Campos

**Sumario:** I. Introducción.— II. Breve marco jurídico del derecho a la vivienda.— III. Una nueva variable en la vulnerabilidad social.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

Debido a la pandemia que atraviesa el planeta, los gobiernos se vieron obligados a tomar medidas sanitarias para evitar la propagación del virus. En muchos casos, estas medidas han tenido un profundo impacto en la economía.

El 19 de marzo de este año, el Poder Ejecutivo nacional emitió el DNU 297/2020, “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio”. La norma determinó la obligación todas las personas que habitan el país, de permanecer en sus residencias habituales, como así también, la abstenerse a concurrir a sus lugares de trabajo y de circular por la vía pública.

Según el DNU, el sentido de la medida, junto con sus normas modificatorias, es prevenir la circulación y contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, el derecho a la vida y la integridad física de las personas. Pero sin dudas, ello generó necesidades socioeconómicas emergentes y, al mismo tiempo, profundizó en muchas familias situaciones de vulnerabilidad que no admiten demora.

En este breve trabajo trataré el impacto del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Poder Ejecutivo nacional en el ejercicio del derecho a la vivienda en la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires.

## II. Breve marco jurídico del derecho a la vivienda

El derecho al acceso a una vivienda digna y adecuada es uno de los fundamentales dentro

del concierto de los DESC. Su marco legal en nuestro país está dado principalmente a través de la Constitución Nacional, la cual consagra en el art. 14 bis *in fine*, el derecho al acceso a una vivienda digna. También lo hacen los Tratados Internacionales incorporados a nuestro plexo normativo, mediante el art. 75, inc. 22 de la CN, otorgándoles jerarquía constitucional (1). Particularmente, art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 11, incs. 1º y 2 del PIDESC, las Observaciones N.º 3, 4, 7 y 9 del Comité DESC (2).

En el orden local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 10, consagra una garantía de operatividad que se extiende a derechos consagrados en la Constitución, leyes de la Nación y tratados internacionales.

Por su parte, el art. 17 consagra el desarrollo de políticas sociales “... para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”, como también “... [a]siste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a

(1) Cfr. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed. ampliada y actualizada, ps. 263 y ss.

(2) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, mediante la res. 1985/17 el 28 de mayo de 1985, el cual tiene como objetivo supervisar la aplicación del PIDESC.

los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

Por último y en sintonía con el articulado citado, el art. 31 reconoce expresamente el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, dando prioridad en la resolución del déficit habitacional a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

En cuanto a la legislación de la Ciudad, la ley 341 en su art. 1º, exhorta al Poder Ejecutivo a “instrumentar políticas de acceso a la vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional, asumidos como destinatarios individuales o incorporadas en procesos de organización colectiva verificables, a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro, mediante subsidios o créditos con garantía hipotecaria”. Asimismo, el art. 2º define el término “hogar” como el “... grupo de personas, parientes o no, que vivan bajo un mismo techo, de acuerdo con un régimen familiar, compartiendo gastos de alimentación. Quienes viven solos constituyen un hogar”.

Por su parte, la ley 3706 tiene como objeto la protección integral y la operatividad de derechos en favor de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle. Su art. 2º considera que personas en situación de calle son “... los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

Asimismo, el art. 3º de la citada norma, fija como principio el reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por último, la ley 4036 de Protección Integral de los Derechos Sociales para los ciudadanos prioriza el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciu-

dad de Buenos Aires, a las personas en situación de vulnerabilidad.

### *II.1. Vivienda adecuada*

El concepto de vivienda adecuada no posee un contenido estanco o elementos taxativos. Conforme la Observación General N.º 4 PIDESC (3) “... el concepto de ‘vivienda adecuada... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Sin embargo, remarca que este concepto debe ser analizado teniendo en cuenta los factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos, entre otros (4). Es universal, se aplica a todos, no admite discriminación (5). Su violación afecta también a la dignidad, la integridad y la salud de la persona en estado de vulnerabilidad social (6).

Es importante aclarar que no estamos en presencia de un complejo de normas que genera la

(3) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observación General N.º 4”.

(4) No obstante lo expuesto, la Observación General N.º 4, en el punto 8 brinda siete aspectos a tener en cuenta para identificarlo: a) seguridad jurídica de la tenencia, sea cual fuere su tipo jurídico, b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, c) gastos soportables que no impidan la satisfacción de otras necesidades básicas, d) debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes, e) debe ser asequible, f) debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a lugares de trabajo, servicios de educación, salud, entre otros servicios sociales, g) las técnicas de construcción deben contener una adecuación cultural que permita la expresión de la identidad cultural de sus habitantes.

(5) Observación general N.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del Pacto), pto. 6.

(6) CS, “Reynoso, Nilda N. c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, Fallos 329:1638 (2006); 329:4918; 331:453 y CS, “Quisbert Castro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 335:452 (2012).

obligación ineludible al Estado de proveer una vivienda a cada familia del país (7).

El derecho del acceso a una vivienda digna se traduce en la obligación de implementar políticas públicas positivas que permitan a las familias a acceder a un alojamiento digno, mediante programas eficaces, conforme la protección que necesite cada sector de la sociedad, teniendo en cuenta su grado de vulnerabilidad, posibilidad de acceso a recursos económicos. Resulta ineludible la obligación cuando se trata de situaciones de urgencia, donde la salud y la integridad física de las personas están en juego (8).

### II.2. La vigencia del fallo “Q. C.”

En abril de 2012, la CS emitió el fallo “Quisbert Castro” (9). Este precedente es fundamental en materia de vivienda, población socialmente vulnerable y derechos humanos y uno de los más claros antecedentes de la aplicación del principio de progresividad-no regresividad en materia de derechos sociales.

En la sentencia, la CS le ordenó al GCBA que garantizara a la actora una vivienda adecuada para la madre y un niño afectado de encefalopatía crónica no evolutiva, en situación de vulnerabilidad social, puntualmente en situación de calle.

El fallo cuenta con los siguientes ejes fundamentales:

a) El sistema de fuentes aplicable está conformado por la Constitución Nacional, tratados internacionales y la Constitución de la Ciudad, con su legislación local.

b) Las normas jurídicas nombradas son operativas, con vocación de efectividad. Esta operatividad, de carácter derivada, requiere una ley

(7) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Constitucional”, ob. cit., t. 3, p. 494.

(8) Vale agregar, en lo que aquí interesa, que el art. 20 de la Constitución de la Ciudad vincula en forma directa el derecho a la salud con la satisfacción de necesidades vivienda.

(9) CS, “Quisbert Castro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 335:452 (2012).

del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo para su implementación.

c) La operatividad del derecho a la vivienda, en cuanto la obligación del Estado de garantizar un piso mínimo de derechos, a fin de que las personas que se encuentra en estado de vulnerabilidad social sean tratadas con la dignidad propia del ser humano.

d) El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, respecto de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada (10).

e) La asignación de recursos del Estado, que “... no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos”.

Más allá de estos ejes, resulta importante destacar la interpretación de la CS del primer párrafo del art. 75, inc. 23 de la CN. Allí, el Máximo Tribunal establece, que, siendo una norma dirigida específicamente al Congreso de la Nación, el criterio de promoción de medidas de acción positiva, que tienen como fin garantizar el pleno ejercicio y goce de derechos constitucionales, debe ser pauta orientadora para toda autoridad estatal.

### II.3. Programas de Atención a Familias en Situación de Calle

Mediante el dec. 690/2006 se creó el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle. Conforme su art. 3º, el objeto del Programa es “... el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle,

(10) CS, “Quisbert Castro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 335:452 (2012). Consid. 12) “Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derecho individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos” (RAWLS, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College). Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas”.

fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de aquellas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional”.

Asimismo, el programa está orientado a personas solas o grupos familiares que “... se encuentran en inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas”.

La última modificación del Programa se llevó adelante mediante el dec. 108/2019, el cual sustituye el art. 5º del dec. 690/2002. Allí, se establece el monto total del subsidio a otorgar abonado en un máximo de doce cuotas, extensible por el plazo de seis meses, por el mismo monto de cuotas. En esta última posibilidad de extensión, la norma le otorga facultad de valorar a la Autoridad de Aplicación “... dependiendo de cada caso en particular y si la vulnerabilidad del beneficiario así lo amerita” (11).

Como se puede observar, el programa tiene límites temporales y de prestación dineraria. En muchos casos, no resultan suficientes para que el beneficiario logre salir de la situación de vulnerabilidad social y, de esta manera, pueda solventar sus gastos de vivienda por sí solo.

### III. Una nueva variable en la vulnerabilidad social

Afincándonos en el contexto actual, con motivo de la pandemia mundial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado respecto de la situación actual de grupos vulnerables, señalado: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes,

(11) Actualmente la Dirección General Atención Inmediata, dependiente de la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat.

los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia” (12).

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 4036 de Protección Integral de los Derechos Sociales para los ciudadanos, en su art. 6º define a la vulnerabilidad social como “... la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos” (13).

Por ello, la vulnerabilidad social se configura como una situación fáctica que coloca a una persona ante la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental. Esta situación está caracte-

(12) Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, del 09/04/2020, “COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

(13) También traigo aquí el concepto vulnerabilidad social, previsto en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en su Sección 2ª, pto. 1: “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, 2008.

rizada por el quiebre del principio de igualdad en lo que respecta al derecho afectado.

Como veremos en los recientes fallos que en adelante cito, el “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio”, dispuesta por el Poder Ejecutivo nacional mediante el dec. 297/2020, resulta ser una variable a analizar dentro del concierto de desigualdades que enmarcan la situación de vulnerabilidad social.

En los autos “G. V. E. M. y otros c. GCBA” (14), la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario determino, conforme lo solicitado por la actora, confirmó la decisión de primera instancia, la cual ordenó al GCBA que arbitrarse los medios necesarios “... a fin de readecuar el monto del subsidio habitacional previsto en el dec. 690-GCBA-2006 (modificado por los decs. 960-GCBA-2008, 167-GCBA-2011 y 239-GCBA-2013), cuya prestación no podrá ser inferior al mínimo previsto en el art. 8º de la ley 4036, a favor de I. J. G. V. A. N. A. R. G.; A. A. R. G. y sus padres, E. M. G. V. y A. A. R.”; asimismo, ordenó que el demandado le brindase al grupo familiar “... una prestación adecuada a fin de cubrir sus necesidades alimentarias, de higiene y aseo personal”.

Los fundamentos dados por la sala II para confirmar la sentencia de grado fueron que la demandada no había atacado, en su memorial, la situación de vulnerabilidad que atravesaba la parte actora, por lo que tal circunstancia quedaba consentida.

No obstante ello, destacó que el marco fáctico de la petición del Asesor Tutelar se centraba en la imposibilidad de acceder a alimentos, ni recursos necesarios para asumir el costo de la vivienda donde residían, en razón del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” decretado por el Poder Ejecutivo.

Por otra parte, en el fallo “Carabajal, Marcela c. GCBA s/ medida cautelar autónoma” (15) el juez de primera instancia resolvió la medi-

(14) CCont. Adm. y Trib. CABA, sala II, “G. V. E. M. y otros c. GCBA s/ incidente de apelación - medida cautelar autónoma”, 29/04/2020. INC 3014/2020-1.

(15) Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14 Secretaría N.º 28 “Caraba-

jal, Marcela A. c. GCBA s/ medida cautelar autónoma”, 16/04/2020, EXP 3037/2020-0.

da cautelar autónoma solicitada, ordenando al GCBA que le garantizara al grupo actor la provisión de alimentos, productos de higiene personal y de limpieza. Asimismo, ordenó incluirlos en el Programa para Familias en Situación de Calle. Tuvo en cuenta, en este caso, que más allá de la vigencia del DNU 320/2020, el cual suspende los desalojos originados por falta de pago, “... la gravedad del cuadro traído a juicio requiere de la adopción de urgentes medidas protectorias concretas y efectivas, en pos de restablecer los derechos y garantías afectados, a tenor de las deudas que ha comenzado a generar el grupo actor”.

Asimismo, en los autos “Maldonado, Florencia y otros c. GCBA s/ amparo” (16), el juez de grado resolvió cautelarmente ordenar al GCBA que brindara una asistencia habitacional adecuada a la actora y a sus hijos menores, conforme las necesidades del grupo familiar. En razón de los hechos acreditados en la causa, el juez tuvo en cuenta que el aislamiento social, preventivo y obligatorio no permitía desarrollar la actividad de venta ambulante de la actora.

En el fallo “Castro, Juana María Jesús c. GCBA” (17), el juez a la hora de dictar la medida cautelar solicitada por la actora ordenó al GCBA que garantizara el acceso a una vivienda en condiciones dignas, a través de un programa habitacional que les permitiera atender el valor actual del mercado. Para ello, tuvo en cuenta que el grupo familiar se encontraba imposibilitado de solventar los gastos habitacionales con el monto otorgado por el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, sin posibilidad de cubrir las diferencias con recursos propios, en atención a que la situación de vulnerabilidad de se vio agravada por el aislamiento social, preventivo y obligatorio. En circunstancias similares al fallo anterior, la medida de aislamiento no

(16) Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14, Secretaría N.º 28 “Maldonado, Florencia y otros c. GCBA s/ amparo”, 27/05/2020, EXP 3849/2020-0.

(17) Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 23, Secretaría N.º 46, “Castro Juana María Jesús c. GCBA y otros s/ amparo”, 15/05/2020, EXP 3287/2020-0.

permitía desarrollar la actividad de venta ambulante del padre del grupo familiar.

#### IV. Conclusiones

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESC), presentan una característica relevante que resulta necesaria para hacer efectiva su aplicación. Deben tener una adecuación permanente y contextualizada, adquiriendo un alto grado de sensibilidad y adaptación a las circunstancias económicas y sociales que imperan en un contexto dado, dentro de un territorio específico. En este sentido, no es posible concebir un Estado social, constitucional y democrático de derecho, si no se pueden hacer efectivos derechos sociales fundamentales (18).

El “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” dispuesto en el DNU 297/2020, ha generado, en los casos expuestos, barreras de acceso a recursos económicos mínimos para que las

---

(18) Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales”, Global Law Press, Derecho Global e INAP, Sevilla, 2015, p. 187.

familias que atraviesan situaciones de vulnerabilidad social, puedan solventar gastos necesarios tales como los de vivienda para vivir dignamente.

Por ello, el acceso a la justicia, el control jurisdiccional de la actividad administrativa (19) y la adecuada apreciación de los límites y restricciones impuestos por el Poder Ejecutivo nacional, con su consecuente impacto económico en grupos vulnerables, son fundamentales para hacer efectivos derechos y garantías constitucionales, en tiempos de COVID-19.

---

(19) SACRISTÁN, Estela B., “Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” en et al. BASTERRA, Marcela I., “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada”, Ed. Jusbares, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 79. “Organizada en la Constitución o Norma Fundamental escrita, o por vía de costumbre donde no haya Constitución única escrita, la respectiva competencia, existencia de jueces y tribunales mediante, asegurará que haya control judicial, y la existencia de control judicial a su vez asegurará derechos y concretará garantías. Trasplantando esta estructura al escenario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podríamos reparar en el rol institucional de los jueces de la Ciudad como facilitadores de esa doble tarea: asegurar derechos y concretar garantías”.

# La regulación en el estado de emergencia

Juan Carlos Cassagne<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. El dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa.— II. Las transformaciones del derecho público: el Estado regulador y garante.— III. Sobre las materias objeto de la regulación.— IV. El estado de emergencia y sus límites.

## I. El dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa

En el desarrollo dinámico que ha caracterizado al derecho administrativo no suele ser común el análisis de las teorías prevaletentes con el objetivo de comparar las nociones que han ido asentándose a través de los años sobre las funciones del Estado y la actividad administrativa con la realidad que exhibe actualmente el derecho.

En América, sobre todo, hay quienes siguen utilizando antiguas categorías jurídicas como la del Poder de Policía, calificada de arcaizante (1), para aplicarlas a los problemas que se presentan en el mundo jurídico contemporáneo, sin tener en cuenta las diferencias de régimen jurídico, particularmente de los principios y de las nuevas técnicas que han surgido como consecuencia de los profundos cambios que se han operado en las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Se trata, en efecto, de un cambio radical. De custodio del orden público y guardián de la seguridad, pasando por la posición de titular y

gestor de la casi totalidad de los servicios que satisfacen necesidades públicas, el Estado, sin abdicar las funciones que tradicionalmente venía cumpliendo se ha convertido, esencialmente, en un Estado regulador y garante, que establece reglas y controla, en forma permanente y prolongada, la colaboración de los particulares en esas funciones, promoviendo, en el plano económico, la competencia en los mercados e impidiendo los excesos de los monopolios naturales (2), sin perjuicio de su intervención en el campo social.

En la evolución de las teorías que dominaron el derecho administrativo del siglo XIX sobresalen dos concepciones vinculadas estrechamente al concepto de poder público: la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carré de Malberg) y la alemana del poder público (consolidada en la obra de Otto Mayer).

La similitud de ambas concepciones radicaba en la posición neutral que asumía el Estado en sus relaciones con la sociedad y sus componentes, principalmente en materia económica, así como en la finalidad de su objeto, focalizado en el mantenimiento del orden y de la seguridad pública. En esa etapa histórica, la actuación del Estado, en materia de policía, estaba gobernada

---

(\*) Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

(1) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R. "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Thomson-Reuters, Madrid, 2017, 15ª ed., t. II, p. 131.

(2) Ver el artículo de MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica", en MUÑOZ MACHADO, Santiago - ESTEVE PARDO, José (dirs.), El Derecho de la Regulación Económica, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, t. I, ps. 17 y ss., en la que hace una completa descripción de las diferentes concepciones hasta llegar al Estado regulador y garante.

por las ideas del absolutismo y los derechos públicos de las personas no surgían de las leyes ni del derecho natural sino de la autolimitación del propio poder estatal al que los ciudadanos estaban vinculados por un estricto deber de obediencia. La situación de los derechos privados era diferente ya que, en ese escenario, regían las reglas de los Códigos Civiles y las consecuentes garantías que protegían esos derechos ante los jueces.

Desde luego que la tónica apuntada fue la línea general seguida por las concepciones europeas del poder público ya que, por diferentes razones, no se puede desconocer que el Estado intervino en el campo económico, aun cuando esas intervenciones eran excepcionales y muchas veces transitorias o esporádicas.

Pero ambas teorías sucumbieron, total o parcialmente, debido a distintas causas. La crisis de la concepción de la policía administrativa tuvo mucho que ver con la ampliación de la actividad estatal pues, al extenderse la intervención del Estado al ámbito de la economía privada, surgieron las policías especiales cuya regulación no podía llevarse a cabo solo con las técnicas de las medidas restrictivas de los derechos y conductas propias de la policía administrativa.

Las categorías clásicas abstractas que componen la estructura de las instituciones administrativas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de la Administración (reglamentos, actos administrativos, contratos de la Administración, etc.) al igual que las formas de acción que utilizaba la antigua policía (órdenes, autorizaciones, coacciones y sanciones) integran actualmente el conjunto de los poderes de regulación (3), que actúan en la prosecución de otros fines como son la promoción de la competencia, o la apertura de nuevos mercados, o el

ingreso de nuevos operadores a los sistemas de red y la prestación de servicios de interés general para la comunidad (4). De ese modo, p. ej., la autorización ha pasado a ser una figura clave en la regulación ya que, lejos de limitarse a levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho existente, se convirtió en una figura constitutiva de derechos que antes no existían ni estaban prohibidos, asumiendo un papel protagónico en la valoración de los riesgos, razonablemente permitidos (v.gr. el riesgo ambiental) (5), que no son los llamados riesgos cero.

Con todo, al ser incorporada a la teoría de las formas de la actividad administrativa por Jordana de Pozas, la noción de policía en España subsistió por algún tiempo hasta ser reemplazada por la teoría elaborada por Santi Romano de los actos de gravamen que, como es sabido, fue uno de los grandes cambios que, en su momento, introdujeron García de Enterría y Fernández, seguido por buena parte de la doctrina española.

Paralelamente, en Francia, la teoría de la soberanía fue desplazada por la concepción del servicio público que, originada en Hauriou, alcanzó su máxima teorización bajo el signo socialista que le imprimieron Duguit y la escuela de Burdeos, que aun cuando tuvo el mérito de haber diseñado el régimen jurídico del servicio público, dio base para justificar las posteriores nacionalizaciones de dichos servicios, clausurando el ciclo caracterizado por la gestión privada de los servicios.

El poder público constituía (junto con el servicio público) uno de los elementos de un derecho administrativo, integrado por una serie de poderes que primero fueron calificados de exorbitantes y, más tarde, como parte de un régimen administrativo integrado, conjuntamente, por prerrogativas y garantías que vinieron a compensar el ejercicio del poder público, originándose un sistema bastante equilibrado de protección de los derechos de las personas y empresas, cuya construcción ha sido obra fun-

(3) En Francia, si bien las reediciones de las obras clásicas siguen manteniendo el concepto de policía, alguna parte de la doctrina no lo utiliza; véase, p. ej., BRAIBANT, Guy - STIRN, Bernard, "Le droit administratif français", Dalloz, Paris, 2005, 7ª ed., ps. 157 y ss.; ver también: TCHEN, Vincent, "L'impacte du Droit Communautaire sur la police administrative", en Droit Administratif Européen, AUBY, Jean B. - DUTHEIL de la ROCHÈRE, Jacqueline (dirs.), Ed. Bruylant, Bruselas, 2007, ps. 997 y ss., en el lenguaje del derecho comunitario europeo no suele utilizarse el término policía.

(4) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R. "Curso ...", cit., t. II, ps. 162-164.

(5) ESTEVE PARDO, José, "El encuadre de la regulación ...", cit., ps. 392 y ss.

damental de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Al fracasar el Estado, como gestor y empresario en toda Europa y en Iberoamérica, se abrió el cauce para el desarrollo de un nuevo derecho administrativo. Sin llegar al extremo de la tesis sostenida por la doctrina alemana, en el sentido de que el derecho administrativo se resume en la idea de regulación, es evidente que esta categoría, junto a la del servicio público, ha venido a constituir uno de los paradigmas centrales de la actividad administrativa, siendo una noción que define la función del Estado, a raíz de los procesos de privatización o liberalización de la mayoría de los servicios públicos y actividades de interés general ocurridas en el mundo, al menos en los países que practican los principios de una economía libre o social de mercado y mantienen los postulados de un Estado de derecho, regido por normas y principios objetivos fundados en las leyes y no en la voluntad de los gobernantes. Entramos, así, en el Estado regulador y garante (6).

## II. Las transformaciones del derecho público: el Estado regulador y garante

### II.1. Un nuevo modelo de Estado

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro sistema, que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional, que culminó con el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación.

Mientras ese modelo de Estado social de derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, en estos

(6) En Alemania, la amplitud de la regulación, al incluir la función social del Estado (procura asistencial) es la que explica uno de los fundamentos del Estado Garante, véase: DARNACULLETA GARDELLA, M. Merce, "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana, en *El Derecho de la Regulación Económica ...* ", cit, t. I, ps. 349 y ss.

últimos años ha surgido un nuevo arquetipo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los objetivos antes señalados, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que trasluce la aplicación del principio de subsidiariedad, aun cuando los ordenamientos no suelen atribuirle positividad a dicho principio, que no por ello deja de ser tal.

Así, de un modo escasamente percibido por el constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a gestionar a través del sector privado servicios y actividades de interés público relevantes, en colaboración estrecha con la Administración pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas se ha llevado a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. En primer término, exhibe una doble faz, al implicar la defensa de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de derecho liberal (principalmente el principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades y derechos fundamentales) así como también de los derechos y principios consolidados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial que adoptaron el Estado social de derecho.

¿Cuáles fueron los motivos que dieron nacimiento al Estado regulador y garante? (7) Su origen obedeció a una serie de razones que iban desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que generaban las prestaciones estatales y la política redistributiva que las orientaba, en un escenario caracterizado por el crecimiento demográfico, hasta la proyección de los efectos de la globalización de la economía.

(7) Véase: ESTEVE PARDO, José, "Estado Garante. Idea y Realidad", INAP, Madrid, 2015, ps. 16 y ss.

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir o aminorar las trabas burocráticas que afectaban al libre comercio e industria y las iniciativas privadas.

De esa manera, debido a la retirada del Estado en la gestión económica se reafirmó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner (8), constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliándose el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad (9).

Resulta paradójico que el nuevo Estado regulador y garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, sino más bien, una retirada instrumental (10) ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido actividades antes atribuidas a la Administración. En ese contexto, comenzó a imponerse, asimismo, el principio de buena administración, al que cabe asignarle operatividad pues se configura como un deber del Estado (11).

(8) MESSNER, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", RIALP, trad. del alemán, ps. 346-347.

(9) Vid RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, "Estudios sobre la Constitución", Ed. La Ley, Madrid, 2002, ps. 295-297.

(10) ESTEVE PARDO, José, "Estado Garante ...", cit., ps. 3 y ss.

(11) Ver: RODRÍGUEZ - ARANA, Jaime, "El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración", Reus, Madrid, 2012, ps. 11 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín, "La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, ps. 39 y ss.; y también AZOULAI, Loïc, "Le principe de bonne administration", en *Droit Administratif Européen ...*, cit. ps. 493 y ss.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común (12) que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de los Estados que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió, la necesidad del "desarme del Estado", pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad (13).

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado regulador y garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema *schmittiano* fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo y en el decisionismo del poder ejecutivo.

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común en cuanto proporciona el fundamento real del fin que persigue el nuevo modelo y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

Esas transformaciones han sido tan grandes que han llegado a trastocar el sistema de las fuentes del derecho, a raíz de la caída de los dogmas de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales, potenciándose el papel de los jueces en la interpretación del derecho. De esa mane-

(12) La conexión entre el bien común y el principio de subsidiariedad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 25 y ss. La doctrina española ha advertido su influencia en la concepción del Estado regulador y garante, véase: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.

(13) Cfr. SALAS, Denis - CAMUS, Albert, "La rebelión justa", trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, ps. 98-99.

ra, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas mediante la técnica de la subsunción para convertirse en un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del derecho, mediante el método que desarrolla la teoría de la argumentación jurídica (14), la cual ha tenido recepción, entre otras, en las jurisprudencias española y alemana. En esa línea, cobra trascendencia, en la coyuntura de la pandemia, la adopción por la Corte Suprema argentina de los “subprincipios” que integran el control de razonabilidad o proporcionalidad sobre la base de los juicios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (15), provenientes de la jurisprudencia continental europea (16), también adoptados por la CIDH, que venimos propugnando en los últimos trabajos (17).

## II.2. *El quid de la función reguladora y garantística del Estado*

Existen varias definiciones en torno al concepto de regulación e, incluso, se ha llegado a suponer que equivale a la función de garantía que pesa sobre el Estado para satisfacer las necesidades colectivas de la población.

(14) Sobre estas cuestiones véanse nuestros trabajos: “Los grandes principios del Derecho Público”, Ed. Temis, Bogotá, 2018, ps. 12 y ss., “El método de la tópica y los principios generales en el derecho público”, Ed. La Ley, diario del 14/08/2017, ps. 2 y ss., y “La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo”, en la obra *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autonomo* (Libro homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor), Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

(15) In re “Silva” (causa 58) de fecha 03/11/2015 al analizar la razonabilidad o proporcionalidad de las intervenciones telefónicas, se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación (cap. V) que recoge dicho principio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso “Escher c. Brasil”). Con posterioridad, la Corte adoptó en forma directa los tres “subprincipios” en la Acordada 17/2019 de 19/06/2019 (consid. V).

(16) Vid: GALETTA, Diana U. “Le principe de proportionnalité”, en *Droit Administratif Européen ...*, cit., ps. 357 y ss.

(17) Véase: “Los grandes principios del Derecho Público”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 174 y ss.

Pero, en rigor, son funciones diferentes que aparecen unidas en la praxis del sistema. En coincidencia con Muñoz Machado (si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora) sus características conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y de prestación) y que, hoy día, habría que acomodar esos conceptos a la nueva realidad que ha modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que, el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta por Philip Selznick, desde el campo de la sociología del derecho, consiste en “un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social” (18).

La regulación se lleva a cabo a través de distintas formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación) ese conjunto de normas generales, decisiones y órdenes constituye un universo jurídico que integra el contenido básico que hace al funcionamiento de las instituciones del derecho administrativo.

Este proceso, que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la sociedad en lo público, exige reconsiderar la reformulación de las categorías tradicionales del derecho administrativo integrándolas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica en la que existe una menor dispersión en las concepciones legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

Se trata de una actividad continua y típica de la función administrativa de ordenación y vigi-

(18) La cita y transcripción del concepto corresponden a MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 4ª ed., t. XIV, p. 28.

lancia de actividades privadas por razones de interés público, sin excluir el control sobre las que han pasado a autorregularse pues una serie de actividades privadas con anterioridad reguladas por el Estado escapan a su dirección y se autorregulan bajo la vigilancia de la Administración que, si lo juzga necesario conforme al ordenamiento, puede siempre retomar sus poderes regulatorios.

La determinación de las causas que justifican la necesidad de la regulación reconoce la existencia de diversas situaciones que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea (19).

En tal sentido, la doctrina se ha preguntado: ¿cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas (p. ej.) en punto en calidad y competitividad? Al respecto, Muñoz Machado desbroza, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, las siguientes situaciones:

a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con ligeras adaptaciones al nuevo modelo de Estado. Ellas “suponen el ejercicio de la autoridad e implican la reserva de poderes coactivos” (20), hallándose fuera del comercio del derecho privado. En este grupo se encuentran las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización y funcionamiento de grandes infraestructuras públicas que benefician a toda la colectividad. Entre los economistas estas actividades se denominan bienes públicos y funciones públicas y no solo son financiadas por el presupuesto del Estado, sino que, este tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda de que corresponde aplicar todo el bagaje de normas y principios del derecho administrativo, aunque en punto a la gestión de dichos servicios se admita que, por

razones de eficiencia económica, sean prestados por particulares, a través de la figura de la concesión u otras similares (v.gr. el servicio penitenciario).

b. Al margen de las funciones básicas del Estado se encuentran los servicios de carácter económico que satisfacen las necesidades colectivas de la población que, en Latinoamérica, a diferencia de algunos países de la Unión Europea y de los EE. UU., siguen, en sus lineamientos generales y principios, la concepción francesa del servicio público. En Europa, si bien se admite que los servicios públicos que se prestan en razón de la demanda (energía, comunicaciones y transporte) puedan ser de titularidad privada también es posible que, para mantener la cohesión social y la calidad de vida de los habitantes, se justifique la financiación estatal.

Al respecto, en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio público (21) sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general, en Iberoamérica se han simplificado las clasificaciones, quedando dos formas básicas: los servicios públicos y las actividades de interés público, siendo objeto los primeros de una regulación más intensa.

c. Otra de las situaciones en las que se impone la regulación es la de los monopolios naturales, cuyas infraestructuras sería antieconómico duplicar en razón de que, entre otras cosas, dificultan el control estatal y resultan física o económicamente inviables, particularmente en los servicios de redes. En general, en estos sectores (v.gr. la distribución de agua potable) conviven la gestión estatal con la mixta o privada.

d. La regulación también aparece justificada en el plano de la economía por la teoría de la competencia imperfecta que procura promover la competencia y corregir las fallas del mercado. Con todo, hay escuelas económicas como la de Chicago o la austríaca, que, por principio, suponen que el mejor regulador es el mercado. Lo cierto es que, en el campo de la realidad, se han

(19) *Ibidem* 28 y ss.

(20) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado ...”, cit. ps. 28-29.

(21) PERRINO, Pablo E. “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176.

creado en casi todos los Estados americanos, organismos o agencias con la misión de proteger la libre competencia y de evitar los abusos de las posiciones dominantes en los mercados.

Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen a justificar la regulación como 1) la necesidad de controlar beneficios inesperados (el caso de los países que cuentan con grandes reservas de petróleo y gas); 2) las correcciones de los precios debido a aumentos de los costos imprevistos como pueden ser las *externalidades* ambientales que se imponen a la fabricación; 3) la conveniencia de ordenar la información y garantías frente a productos defectuosos y 4) la necesidad de regular la excesiva competencia en los mercados (v.gr. en el transporte aéreo) (22).

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, no faltan quienes la consideran equivalente a la regulación (23). En rigor, la función garantística viene a ser una especie que difiere de la regulación, dado que esta última, aparte de regular las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones (24).

En definitiva, la regulación es un *supra concepto* susceptible de proyectarse sobre la mayor parte de las funciones y actividades estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos.

Estos fines del que persigue el Estado regulador y garante vienen a potenciar la aplicación en la práctica del principio de subsidiariedad en las relaciones entre la sociedad y el Estado, con basamento en la concepción del bien común

(22) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado ...", cit., ps. 32-33.

(23) MAURER, Hartmut, "Derecho Administrativo. Parte General", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53.

(24) Vid: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación ...", cit., ps. 109 y ss., una de las exposiciones más completas sobre el tema.

como la causa final que justifica y orienta el accionar estatal.

Uno de los ejes a cuyo alrededor gira el sistema jurídico que configura la misión esencial del nuevo modelo de Estado, algo descuidada por la doctrina de la regulación, que pone el acento en las finalidades económicas, se encuentra en la función de tutelar y garantizar la efectividad de los principios generales del derecho público e incluso del derecho privado. Precisamente, son esos principios jurídicos generales del derecho, junto a los de naturaleza económica, los elementos que le dan unidad al ordenamiento comunitario europeo (25), lo que podría quizás replicarse, en el futuro, en Iberoamérica, con el derecho emergente de los tratados internacionales.

La trascendencia que reviste la función de garantizar esos principios y los derechos consecuentes cobra mayor entidad en las situaciones de emergencia o de excepción, como las que enfrentan los países actualmente para superar la pandemia provocada por la enfermedad del COVID-19.

### II.3. Principales proyecciones jurídicas del Estado regulador y garante

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron

(25) Ver y comparar: SCHWARZE, Jurgen, "Les sources et principes de Droit Administratif Européen en la obra Droit Administratif Européen ...", cit., AUBY, Jean-Bernard - Dutheil de la Rochere, Jacqueline (dirs.), ps. 321 y ss.

vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación, tanto la simple como la que se denomina autorregulación regulada (26), junto al surgimiento del contrato o acuerdos plurilaterales como fuentes normativas de determinados sectores de la industria o comercio. Un ejemplo de este último, en Argentina, es el acuerdo plurilateral para la explotación del yacimiento de Vaca Muerta, situado en la provincia de Neuquén, en el que las empresas, el sector sindical y los gobiernos nacional y de la provincia, acordaron condiciones más flexibles que las que imponían las regulaciones existentes, sobre todo en materia laboral.

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo esquema de la regulación monopolista y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre y de controlar que los sectores dominantes no incurran en prácticas desleales.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas (proveniente del derecho norteamericano) como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa

(26) Véase: DARNACULLETA GARDELLA, M. Merce, "La recepción de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana", en *El Derecho de la Regulación Económica*, MUÑOZ MACHADO, Santiago - ESTEVE PARDO, José (dirs.), cit. ps. 375 y ss.

a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse (al menos en nuestro país) para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer y valorar la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas, como el argentino o el español (27), denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina de raíz anglosajona del *ultra vires* (28), que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejerzan los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, precisan gozar de garantías de independencia e imparcialidad (29).

En resumidas cuentas, el nuevo modelo del Estado regulador y garante no abdica de los principios que nutren al Estado de derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional y como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los ideólogos,

(27) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado ...", cit. ps. 261.

(28) ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación ...", cit. ps. 150 y ss.

(29) PERRINO, Pablo E. "Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública", *Rev. argentina del Régimen de la Administración Pública* N.º 406, ps. 75 y ss.

antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva (30) y subjetiva (31) del derecho público a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular muchas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad, sobre todo, a raíz de la prevalencia de los principios generales y de las tendencias iusnaturalistas que han terminado imponiéndose sobre el formalismo jurídico kelseniano.

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes, cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (32) que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con particular intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

### III. Sobre las materias objeto de la regulación

La función reguladora se concibe, actualmente, con amplitud (33) y se puede hablar de las materias objeto de la regulación en un doble sentido, uno de naturaleza económica o social y hasta política, y otro, relacionado con su contenido jurídico. En este aspecto, no hay acuerdo en la doctrina europea, salvo para negar que la regulación sea concebida, exclusivamente, como el derecho de las agencias regulatorias.

En cuanto al primer sentido, si bien, la regulación económica es la que ha alcanzado mayor desarrollo teórico y aplicativo, ella abarca también desde la regulación social (previsional, asistencia, etc.) hasta aspectos de naturaleza política (v.gr. las relaciones en un país federal).

(30) ESTEVE PARDO, José, “La nueva relación ...”, cit. ps. 150 y ss.

(31) *Ibidem*, ps. 156 y ss.

(32) Tema que abordamos en nuestro libro “Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)”, Ed. Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.

(33) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Fundamentos e instrumentos ...”, cit., p. 16.

Con referencia a las materias jurídicas objeto de la regulación hay que decir que, si bien, su estudio y adscripción pertenece al derecho público por tratarse del ejercicio de una actividad administrativa (34), la regulación utiliza, en forma armónica y compatible con la naturaleza del Estado y los fines que persigue, todas las fuentes del derecho.

Resulta imposible que se configure una autonomía absoluta de la regulación, como tampoco existe una pretendida unidad de la materia jurídica en general (35), sino una conjunción de técnicas aplicables en relación a fines determinados, muchas veces intercambiables.

Esa característica de la materia jurídica de la regulación se advierte, con mayor intensidad que en otras relaciones, en aquellas que vinculan al derecho civil con el derecho administrativo y, entre estos, con los derechos penal y procesal, que son las ramas jurídicas básicas que integran la dogmática del derecho. Sin perjuicio de esa diversidad, prevalece siempre la Constitución, aunque cada sector suele interpretarla según sus fines y peculiaridades.

No existe, pues, la pregonada unidad de la materia jurídica que algunas teorías postulan sino una diversidad de técnicas y contenidos que demanda relaciones recíprocas del contacto e interferencia, mediante una labor de armonización de criterios que no implican subordinación ni separaciones tajantes basadas en el carácter sustantivo o adjetivo de los derechos, los cuales conservan siempre una autonomía relativa, aunque sean objeto de una única regulación. En síntesis, la diversidad apuntada no es incompatible con la pertenencia de la regulación al marco del derecho público, en el que las normas, principios y técnicas del derecho privado han de pasar siempre por el tamiz de la analogía y compatibilidad para ser aplicadas.

(34) ESTEVE PARDO, José, “El encuadre de la regulación económica en el Derecho Público en El Derecho de la Regulación Económica”, cit., t. I, p. 388.

(35) En contra de la unidad material de la ciencia jurídica: GUASP, Jaime, en el Prólogo al libro de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1955, t. I, reproducido en *Estudios en homenaje al Profesor Jesús, GONZÁLEZ PÉREZ*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, t. I.

#### IV. El estado de emergencia y sus límites

En la encrucijada para enfrentar la pandemia del COVID-19, el gobierno ha extendido la aplicación de una Ley de Emergencia anterior y el empleo de ese instrumento legal requiere esclarecer los diferentes sentidos en que se utiliza el concepto de emergencia en el derecho.

Hay tres sentidos, al menos, en que el derecho utiliza el concepto de emergencia. El primero, que alude a la situación fáctica, aparece definido en la tercera acepción del diccionario de la RAE como aquella situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata. Este peligro que representa la extensión mundial de una epidemia es el que justifica el dictado de las medidas que excepcionan al ordenamiento ordinario imponiendo suspensiones y restricciones a los derechos de las personas. El segundo sentido, es el conjunto de las normas y principios que permiten imponer tales suspensiones y restricciones de derechos, las cuales conforman el estado de emergencia, al que el ordenamiento positivo bautizó con el nombre de Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva. Por si fuera poco, la libertad convencional propia del idioma jurídico permite captar un tercer sentido, referido a la emergencia como medida concreta de excepción (ej. prohibición de salir de sus domicilios dirigida a los adultos mayores). En nuestra Constitución solo aparece una referencia aislada a la emergencia en el primero de los sentidos que apuntamos y ella se encuentra en el art. 76 de la CN, circunscripta a uno de los supuestos en que procede la delegación legislativa.

Como es fácil de advertir hay cierta analogía entre la emergencia y el estado de necesidad, concebido este como una situación que obliga a actuar de determinada manera o dispensa de hacerlo según los principios que rigen las conductas humanas.

Pero donde juega realmente el concepto de necesidad en el derecho argentino, desde el punto de vista de la situación de hecho y jurídica, es como uno de los requisitos que, junto a la urgencia, habilitan el dictado de los DNU (art. 99, inc. 3 de la CN) que, precisamente, ha sido el instrumento que utilizó el Poder Ejecutivo para poder decretar el aislamiento social obligatorio

y las restricciones a la circulación, entre otras medidas.

Algunos han pensado que, para disponer las medidas de excepción que reclama la pandemia era necesario decretar el estado de sitio, postura que, aparte de su desmesura, carece de toda base constitucional, pues el art. 23 de la CN solo habilita a decretarlo cuando se configuren los supuestos que indica la norma, que son el ataque exterior y la conmoción interior, aspecto este último que se relaciona con la perturbación del orden como prescribe dicho precepto constitucional. Pero, ha ocurrido lo contrario y hasta el momento prevalece una paz social generalizada, incluso sin huelgas ni piquetes.

Aun fuera de su justificación fáctica, el presunto remedio sería peor que la enfermedad ya que durante el estado de sitio quedarían en suspenso las garantías constitucionales con la facultad del Poder Ejecutivo de disponer el arresto de los ciudadanos, mientras que, como se verá seguidamente, el estado de emergencia (una categoría similar existe en Italia) debe respetar el bloque de legitimidad constitucional del Estado de derecho. Figuras similares son el Estado de Alarma en España y el Estado de Urgencia, en Francia.

Por otra parte, el bloque de legitimidad constitucional está integrado por leyes en sentido amplio, es decir, tanto por normas como principios, adquiriendo estos una función relevante en situaciones de emergencia para limitar el ejercicio del poder y evitar los excesos autoritarios.

De ese modo, mientras el campo de aplicación de las normas ordinarias se activa y sufre el impacto del derecho de excepción, los principios son la principal garantía que tienen los ciudadanos y empresas para exigir que se respete la justicia en el ámbito del Estado de derecho, con plena observancia de la separación de poderes.

En consecuencia, las medidas de excepción deben dictarse en el marco de la Constitución (36) y de los principios *pro homine*, la justi-

(36) En Francia, el Consejo Constitucional, tanto fuera como en ejercicio de la llamada "reserva de interpretación" objetó dos textos de la ley del 23 de marzo de 2020

cia en sus diferentes especies, la prohibición de arbitrariedad, justa indemnización, la buena fe

que decretó el Estado de Urgencia. La primera de las disposiciones censuradas de dicha ley fue la norma que obligaba a la cuarentena y confinamiento obligatorio de las personas de otros países, de Córcega y otras colectividades del mar señalando que, por ser medidas privativas de libertad individual, ello no era constitucionalmente válido sin intervención judicial previa, cuya constitucionalidad censuró fuera de la “reserva de interpretación”. En la segunda objeción, el Consejo Constitucional acudió a la “reserva de interpretación” que le permite modificar el art. 6º de dicha ley en el sentido de que los acompañantes sociales no puedan acceder a los datos (e-mail y número telefónico) del sistema que organiza el trazado (tracage) de contactos sin el consentimiento del interesado, véase: Diario Le Monde, de fecha 11/05/2020, Le Conseil Constitutionnel valide la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire mais censure deux dispositions (sentencia del 11/05/2020).

y confianza legítima, tutela administrativa y judicial efectiva etc., y, sobre todo, la razonabilidad que incluye la proporcionalidad, dado que los principios vinculan a los gobernantes y tienen supremacía sobre las normas legales o reglamentarias, máxime cuando buena parte de ellos han sido prescriptos por tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Así, el estado de emergencia o como se le denomina en otros países, constituye el molde jurídico en el que se conjuga la situación de peligro con el estado de necesidad, mediante el ejercicio de poderes que excepcionan la legislación ordinaria, poderes que encuentran su justificación y límites en las reglas del Estado de derecho para alcanzar su legitimidad constitucional.

# La garantía del plazo razonable frente a la suspensión de procedimientos y plazos administrativos derivada de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de coronavirus COVID-19

Martín R. Espinoza Molla

**Sumario:** I. Introducción.— II. Nociones generales acerca de la garantía del plazo razonable y su situación actual.— III. Reseña de las normas de emergencia sanitaria y de tutela de la salud pública (referencia especial al orden nacional y bonaerense).— IV. Normas generales de suspensión de procedimientos y plazos administrativos (referencia especial al orden nacional y bonaerense). Principio general y excepciones.— V. Las normas generales de suspensión de procedimientos y plazos administrativos frente a la garantía del plazo razonable.

## I. Introducción

En otra oportunidad nos hemos referido a los perfiles de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo, a su origen constitucional y convencional, a su alcance y contenido, y a la necesidad de una adecuada regulación normativa de cara a las reformas de las leyes de procedimientos que se vienen proyectando y operando hace algún tiempo (1).

(1) ESPINOZA MOLLA, Martín R., "La necesidad de una adecuada regulación normativa de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo", Rev.

Por tal motivo, *brevitatis causae* nos remitimos a lo allí desarrollado, y ofreceremos en lo sucesivo unas nociones generales de aquel instituto, para luego adentrarnos rápidamente al análisis de algunas cuestiones relacionadas con las normas de emergencia sanitaria y protección de la salud derivadas de la pandemia del coronavirus COVID-19.

De modo especial, nos ocuparemos de aquellas normas que dispusieron de manera genérica la suspensión de plazos y procedimientos

de Derecho Administrativo, 129 (mayo/junio de 2020), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, ps. 299 y ss.

administrativos, tanto en el orden nacional como bonaerense; sus reglas y las excepciones previstas, con el objeto de efectuar una evaluación bajo el prisma de la garantía del plazo razonable.

Todo lo cual se efectuará bajo la premisa de que la magnitud y plena operatividad de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo, de modo alguno deberá verse afectada, limitada o vulnerada por la inadecuada aplicación e interpretación de las normas de emergencia.

## II. Nociones generales acerca de la garantía del plazo razonable y su situación actual

Ciertamente, la actividad administrativa se desarrolla a través de los procedimientos administrativos, que se concretan en una concatenación de actos ligados para la formación de la voluntad de las administraciones públicas, y esos actos "... están vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero" (2).

Mientras los diferentes momentos o etapas de los procedimientos administrativos transcurren, el tiempo se consume inexorablemente, y es por eso que para evitar excesos en el curso de aquellos, las diversas normas procedimentales determinan unos plazos y unas pautas temporales aplicables.

Sin embargo, aun cuando las normas de procedimiento administrativo estipulan unos términos o plazos para evitar su prolongación irrazonable, la práctica demuestra que tal exceso resulta habitual. Por eso, a la par de la fijación de términos, resulta un fenómeno generalizado en los diferentes ordenamientos, la adopción de otros mecanismos jurídicos en procura de morigerar aquella indeseable realidad.

Entre otros, pueden mencionarse los institutos del pronto despacho, el amparo por mora, y más recientemente, la implementación de

nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) (3).

Ahora bien, junto a aquellos dispositivos jurídicos, actualmente se destaca por su relevancia creciente la garantía constitucional y convencional del plazo razonable.

En efecto, su trascendente significación obedece a su origen constitucional (4) y convencional (5), en cuanto integrante del debido proceso adjetivo, que en su empleo al procedimiento administrativo (calificado como debido procedimiento adjetivo), a su vez forma parte del derecho a la tutela administrativa efectiva (6).

Como derivación de su creciente importancia y expansión (7), se presenta como una garantía en constante evolución, que inicialmente ha tenido aplicación jurisprudencial en supuestos de irrazonable extensión de plazos en los procesos judiciales, para luego

(3) Con respecto a esas tecnologías, deben mencionarse especialmente los sistemas de gestión documental electrónica y el expediente electrónico que han ido implementando las administraciones públicas provinciales, en consonancia a lo operado en el orden nacional.

(4) Conf. arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN.

(5) Por conducto del art. 75, inc. 22, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), posee jerarquía constitucional, y en su art. 8.1. preceptúa: "Art. 8.º Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Tal amplitud en su determinación, resulta suficiente para interpretarla aplicable también a los procedimientos administrativos.

(6) En tal sentido, véase PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en *El derecho administrativo hoy*, 16 años después, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 93 y ss.

(7) Más recientemente, su importancia se ha visto acentuada, en cuanto como consecuencia de la violación de la garantía del plazo razonable prevista en el art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido dispuesta la responsabilidad internacional del Estado argentino por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, causa "Perrone y Preckel vs. Argentina", sent. del 8 de octubre de 2019).

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Sistema Jurídico de las Administraciones Públicas", Ed. Civitas -Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 26.

extenderse hacia el control judicial de la razonabilidad de plazos en los procedimientos administrativos, de manera particular a los sancionatorios (8), pero es oportuno señalar que en un futuro cercano dicho escrutinio deberá extenderse a todo procedimiento administrativo, sin distinciones (9).

La evolución de aquella garantía no cesa, en cuanto ha comenzado a plasmarse de manera general (sin distinción ni exclusión de categorías procedimentales), en las más recientes nor-

mas de procedimientos administrativos (10), y en proyectos de reforma contemporáneos (11).

No obstante, la garantía del plazo razonable carece actualmente de consagración en nuestro país en la casi totalidad de las leyes de procedimiento administrativo, y las escasas normas

---

(8) De manera específica, en la causa "Losicer" (2012), Fallos 335:1126, "Losicer, Jorge A. y otros c. BCRA, Resol. 169/2005 (expte. 105666/B6 SUM FIN 70BI", 26/06/2012), la CS analiza la dilación irrazonable de unas extensas actuaciones administrativas donde habían transcurrido casi veinte años desde la presunta comisión de la conducta infractora, resolviendo el máximo tribunal la aplicación de la garantía del debido proceso adjetivo establecida en el art. 18 de la CN, así como el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). Más tarde, en la causa "Bonder" (2013), Fallos 336:2184, "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c. BCRA s/ resol. 178/1993", 19/11/2013, el supremo tribunal vuelve a examinar la vulneración del art. 18 de la CN y del art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, en materia análoga a la resuelta en la causa "Losicer", operada una dilación irrazonable. Sin embargo, esta vez la indebida prolongación se halla configurada por la extensión tanto del procedimiento administrativo sancionatorio como del consecuente proceso judicial, habiendo transcurrido casi veintiséis años desde la comisión del hecho investigado.

(9) En efecto, la jurisprudencia ha extendido la aplicación de la garantía del plazo razonable únicamente a los procedimientos sancionatorios, aun cuando corresponde propiciar su aplicación a toda categoría de procedimiento administrativo, así como su necesaria consagración y regulación específica en las próximas reformas a las leyes de procedimientos administrativos que se encuentran en ciernes, a fin de contar con instrumentos apropiados para evitar la transgresión de tan relevante garantía, y las consecuentes declaraciones de responsabilidad internacional de nuestro país.

---

(10) La ley 9003 de Procedimiento Administrativo de la provincia de Mendoza (BO 19/09/2017), consagra directa y expresamente como principio general aplicable el del plazo razonable, preceptuando que "d) Principio del plazo razonable. Deben armonizarse los principios de economía, eficacia, eficiencia, celeridad y sencillez del obrar administrativo, asegurando una vía rápida de tutela de los intereses públicos y privados comprometidos en su actuación (...). Las declaraciones o actuaciones de la autoridad que puedan afectar situaciones jurídicas tuteladas por el derecho deben brindarse en el plazo más breve y adecuado, conforme a las posibilidades y circunstancias del procedimiento respectivo, evitándose trámites dilatorios, incurrir en ritualismos inútiles o, en general, en requerimientos innecesarios, dilatorios o frustrantes de derechos. (...) Este principio comprende la impulsión e instrucción de oficio, la economía y sencillez en los trámites, en tanto no impliquen un desconocimiento del debido proceso o perjudiquen a terceros. (art. 1º, apart. II, inc. d); y al referirse al principio de buena administración, dispone que los administrados "(...) pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común" (art. 1º, apart. II, inc. e). Finalmente, con relación a los principios especiales aplicables en actuaciones administrativas que involucren derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad, establece "f) Los agentes tienen la obligación de brindar atención prioritaria a estas situaciones, debiendo otorgarse una respuesta fundada en un plazo razonable y compatible con las particularidades y la urgencia que revista cada caso concreto" (art. 1º, ap. III, inc. f). Sin embargo, más allá de la relevancia que implica la consagración de la garantía del plazo razonable en la normativa procedimental local, aquellos dispositivos no establecen pautas de aplicación de la garantía, ni determinan sus recaudos o presupuestos.

(11) El reciente Anteproyecto de Reforma a la Ley de Procedimiento Administrativo (dec.-ley 7647/1970), de la provincia de Buenos Aires (propuesta elevada el 8 de noviembre de 2019 por la Comisión creada mediante dec. 661/2017), dedica su cap. II a los Principios Generales, en un elenco que enumera en su art. 4º, inc. b) enuncia el principio de tutela administrativa efectiva, que comprende, entre otros, el derecho "a ser oído en un plazo razonable" (inc. b, apart. 1º), y "a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable" (inc. b, apart. 6º).

que la han incorporado (así como los proyectos de reforma), lo hacen de manera muy general, careciendo de una regulación que permita su adecuada aplicación y concreción a través de patrones objetivos, que se hallen en armonía y coordinación con los plazos y términos que sí se prevén en aquellos dispositivos procedimentales, y en concordancia con las pautas y estándares establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales han sido receptados por nuestra jurisprudencia (12).

Pues bien, la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo, resulta un mecanismo jurídico verdaderamente apto por su potencial para el logro del doble objetivo de impedir la extensión irrazonable de los procedimientos, como el de obtener una auténtica celeridad en su tramitación.

Como bien se ha señalado, el tiempo es “un elemento decisivo en la protección de los derechos. De poco sirve una decisión acertada si no llega oportunamente. Es evidente que, en muchos casos, la duración excesiva del procedimiento administrativo es susceptible de provocar un grave daño o tornar estéril el derecho cuya protección se persigue. Por tal motivo, es fundamental que la Administración tramite los procedimientos sin dilaciones y evite prácticas que no sean las estrictamente necesarias para adoptar o ejecutar sus decisiones” (13).

(12) Véase la citada causa “Losicer” (2012, CS, Fallos, 335:1126), donde con respecto a la razonabilidad o irrazonabilidad de los plazos, en el considerando 10, se expresa: “(...) tanto la Corte Interamericana [cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (CS, Fallos 318:514; 323:4130, entre otros)] como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar) han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) La complejidad del asunto; b) La actividad procesal del interesado; c) La conducta de las autoridades judiciales; y d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua, fallado el 29 de enero de 1997”, párr. 77 y “López Álvarez vs. Honduras, fallado el 1º de febrero de 2006”; “Kónig”, fallado el 10 de marzo de 1980 (...)). En igual sentido CS causa “Bonder” (2013 (CS, Fallos 336:2184) en especial consid. 9º).

(13) PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela...”, ob. cit., ps. 93 y ss.

### III. Reseña de las normas de emergencia sanitaria y de tutela de la salud pública (referencia especial al orden nacional y bonaerense)

En el orden nacional, la ley 27.541 (BO 23/12/2019), declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 1º).

Posteriormente, mediante el DNU 260/2020 (BO 12/03/2020), se amplía 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 mismo decreto (art. 1º).

Luego, en consonancia con la situación de emergencia y a fin de proteger la salud pública, el DNU 297/2020 (BO 20/03/2020), dispuso la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica (art. 1º); estableciendo excepciones (art. 6º).

El plazo establecido originariamente por el DNU 297/2020, ha sido sucesivamente prorrogado por los siguientes decretos:

- DNU 325/2020 (BO 31/03/2020). Prorroga la vigencia del dec. 297/2020, hasta el 12 de abril de 2020 inclusive (art. 1º).

- DNU 355/2020 (BO 11/04/2020). Prorroga la vigencia del DNU 297/2020, hasta el 26 de abril de 2020 inclusive (art. 1º).

- DNU 408/2020 (BO 26/04/2020). Prorroga la vigencia del DNU 297/2020 hasta el día 10 de mayo de 2020 inclusive (art. 1º).

- DNU 459/2020 (BO 11/05/2020) Prorroga la vigencia del DNU 297/2020 hasta el día 24 de mayo de 2020 inclusive (art. 1º).

- DNU 493/2020 (BO 25/05/2020) Prorroga la vigencia del DNU 297/2020 hasta el día 7 de junio de 2020 inclusive (art. 1º).

- Finalmente por art. 10 del DNU 520/2020 (BO 08/06/2020), se prorroga la vigencia del DNU 297/2020 hasta el día 28 de junio de 2020 inclusive, aclarando que el aislamiento lo será exclusivamente para las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente los parámetros epidemiológicos y sanitarios previstos en el art. 2º del presente decreto, que a su vez establece el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (14).

Por su parte, a través del dec. 132/2020 (BO 12/03/2020), la provincia de Buenos Aires declara el estado de emergencia sanitaria en el ámbito de toda la provincia de Buenos Aires, por el término de ciento ochenta [180] días contados a partir del dictado del decreto de referencia, a tenor de la enfermedad por el nuevo coronavirus (COVID-19) (art. 1º).

El mismo decreto, en su art. 3º, dispuso “suspender, durante un plazo de quince [15] días contados a partir del dictado del presente decreto, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires la realización de todo evento cultural, artístico, recreativo, deportivo, social de participación masiva y, en forma consecuyente, las habilitaciones otorgadas por los organismos provinciales para la realización de eventos de participación masiva, cualquier sea su naturaleza. El plazo establecido en el presente podrá ser prorrogado, según las recomendaciones efectuadas por el Ministerio de Salud. Las actividades y/o eventos que se encuentren programadas y cuya suspensión y/o reprogramación no resultare posible, deberán realizarse sin presencia de público, y aplicando en forma rigurosa las recomendaciones emitidas por las autoridades sanitarias”.

El plazo de suspensión dispuesto por el art. 3º del dec. PBA 132/2020 ha sido sucesivamente prorrogado por los siguientes decretos (15):

(14) Relevamiento efectuado al 11 de junio de 2020, fecha de cierre del presente trabajo.

(15) Relevamiento efectuado al 11 de junio de 2020, fecha de cierre del presente trabajo.

- Dec. PBA 180/2020 (BO 27/03/2020). Prórroga desde el 28 de marzo hasta el 15 de abril de 2020 (art. 1º).

- Dec. PBA 255/2020 (BO, Sup., 17/04/2020), Prórroga desde el 16 de abril hasta el 26 de abril de 2020 (art. 4º).

- Dec. PBA 282/2020 (BO 28/04/2020), Prórroga desde el 27 de abril y hasta el 10 de mayo de 2020 (art. 8º).

- Dec. PBA 340/2020 (BO 12/05/2020), Prórroga desde el 10 hasta el 24 de mayo de 2020 (art. 15) (16).

- Dec. PBA 433/2020 (BO 30/05/2020), Prórroga desde el 25 de mayo y hasta el 7 de junio de 2020 (art. 1º).

- Dec. PBA 498/2020 (BO 11/06/2020), Prórroga desde el 8 y hasta el 28 de junio de 2020 (art. 13).

#### **IV. Normas generales de suspensión de procedimientos y plazos administrativos (referencia especial al orden nacional y bonaerense). Principio general y excepciones**

Sin perjuicio de la vigencia de normas sectoriales o dictadas por las diferentes jurisdicciones, haremos referencia solamente a las que resultan aplicables con carácter general a la materia.

En el orden nacional, el dec. 298/2020 (BO 20/03/2020) dispuso la suspensión del curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos dec. 1759/72 (t.o. 2017), y por otros procedimientos especiales, a partir de la publicación de este decreto y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

(16) A través de la ley 15.174 (BO 28/04/2020), se ratifican los decs. 132/2020, 151/2020, 166/2020, 167/2020, 177/2020, 180/2020, 194/2020, 251/2020, 255/2020, 261/2020, 262/2020, 264/2020, 282/2020 y 340/2020 (art. 1º).

A su vez, el mismo decreto exceptúa de la suspensión a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la ley 27.541, ampliada por el dec. 260 del 12 de marzo de 2020 y sus normas modificatorias y complementarias (art. 2º); y faculta a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias a disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión prevista en el art. 1º (art. 3º).

Aquella suspensión del curso de los plazos administrativos dispuesta por el dec. 298/2020 ha sido objeto de sucesivas prórrogas, a través de los siguientes decretos (17):

- Dec. 327/2020 (BO 31/03/2020). Prórroga la suspensión desde el 1º al 12 de abril de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

- Dec. 410/2020 (BO 26/04/2020). Prórroga la suspensión desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

- Dec. 458/2020 (BO 11/05/2020). Prórroga la suspensión desde el 11 de mayo hasta el 24 de mayo de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

- Dec. 494/2020 (BO 25/05/2020). Prórroga la suspensión desde *el 25 de mayo hasta el 7 de junio de 2020 inclusive*, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

- Dec. 521/200 (BO 08/06/2020). Prórroga la suspensión desde el 8 de junio de 2020 hasta el 28 de junio de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (art. 1º).

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, mediante el dec. 165/2020 (BO 21/03/2020), declaró asueto administrativo en el ámbito de la

Administración pública provincial los días 20, 25, 26, 27 y 30 de marzo de 2020 (art. 1º), previendo excepciones (art. 2º).

Más tarde, el dec. PBA 167/20 (BO 26/03/2020), [ratificado por ley 15.174 (18)], dispuso la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos, correspondientes a la aplicación del dec.-ley 7647/1970 (Normas de Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires) y demás procedimientos administrativos especiales, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan durante la suspensión dispuesta por el presente y de aquellos que, por su naturaleza, resulten impostergables a los fines de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados (art. 1º).

Al mismo tiempo, determinó que la medida adoptada comenzaría a regir a partir de su publicación en el Boletín Oficial y *se encontraría vigente durante la suspensión de eventos masivos establecida en el art. 3º del dec. 132/2020 y sus eventuales prórrogas* (art. 2º).

Además, exceptúa de la suspensión dispuesta por el art. 1º a todas las actuaciones administrativas relativas a la emergencia declarada por el dec. 132/2020 (art. 3º).

Finalmente, se faculta a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8º de la ley 13.767 (Ley de Administración Financiera de la provincia de Buenos Aires) y sus modificatorias, a disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión prevista en el art. 1º del presente decreto (art. 4º).

En consecuencia, las sucesivas prórrogas de la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos en la provincia de Buenos Aires, opera de modo indirecto, a través de la extensión del plazo de suspensión de eventos de participación masiva dispuesto por el art. 3º del dec. 132/2020.

Como hemos señalado en el acápite anterior, las sucesivas prórrogas se efectuaron mediante los decs. 180/2020, 255/2020, 282/2020,

(17) Relevamiento efectuado al 11 de junio de 2020, fecha de cierre del presente trabajo.

(18) (BO 28/04/2020).

340/2020 (ratificados todos por ley 15.174); 433/2020 y 498/2020 (19).

### **V. Las normas generales de suspensión de procedimientos y plazos administrativos frente a la garantía del plazo razonable**

Hemos podido observar como las diferentes normas generales han determinado la suspensión de procedimientos y plazos administrativos.

Resulta evidente que la suspensión dispuesta de manera general (y como principio), por aquellas normas posee por finalidad la tutela de la salud pública, contribuir con el aislamiento social, preventivo y obligatorio; y evitar que la continuidad de los procedimientos y el cómputo de sus plazos pueda afectar los derechos y garantías de los ciudadanos durante la pandemia (20).

Ahora bien, acertadamente, todos esos preceptos contienen previsiones que permiten apartarse del principio general de suspensión, y de modo excepcional otorgar continuidad a los procedimientos y plazos administrativos.

En efecto, en el orden nacional (como hemos visto), el de. 298/2020 (BO 20/03/2020) luego de disponer la suspensión del curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan:

1) Exceptúa de la suspensión a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la ley 27.541, ampliada por el dec. 260 del 12 de marzo de 2020 y sus normas modificatorias y complementarias (art. 2º).

(19) Relevamiento efectuado al 11 de junio de 2020, fecha de cierre del presente trabajo.

(20) En tal sentido, el propio dec. nacional 298/2020, en su consid. 3º fundamenta: "con el fin de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados, deviene imperioso suspender los plazos dentro de los procedimientos administrativos (...)" A su vez, el dec. bonaerense 167/2020, en concordancia motiva en su considerando 6º: "con el fin de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados, deviene imperioso suspender los plazos de los procedimientos administrativos (...)"

2) Faculta a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias a disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión prevista en el art. 1º (art. 3º) (21).

En cuanto a la provincia de Buenos Aires, el dec. 167/20 (BO 26/03/2020), (ratificado por ley 15.174), determina que la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos, lo será "sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan durante la suspensión dispuesta por el presente", y permite las siguientes excepciones:

1) Aquellos actos que, por su naturaleza, resulten impostergables a los fines de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados (art. 1º).

2) Todas las actuaciones administrativas relativas a la emergencia declarada por el dec. 132/2020 (art. 3º).

3) Faculta a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8º de la ley 13.767 (Ley de Administración Financiera de la provincia de Buenos Aires) y sus modificatorias, a disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión prevista en el art. 1º del presente decreto (art. 4º).

Tales previsiones de excepción contenidas tanto en el ordenamiento nacional como bonaerense, se presentan como manifestación de la buena administración (derecho fundamental y principio de actuación de las administraciones públicas), en cuanto permiten un adecuado margen de discrecionalidad para ponderar las circunstancias concretas y particulares, en

(21) La ratio de esta última excepción surge del consid. 5º del mismo dec., en cuanto expresa: "Resulta necesario facultar a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias a disponer excepciones adicionales respecto de la suspensión de los plazos correspondientes a los trámites administrativos, en virtud de las particularidades que estos últimos puedan exhibir en sus respectivos ámbitos" (el destacado es nuestro).

base a pautas objetivas y a los intereses públicos comprometidos.

Pues bien, en aquella ponderación que deberán efectuar las administraciones públicas, cobra un protagonismo fundamental la garantía constitucional y convencional del plazo razonable en el procedimiento administrativo, en cuanto (como anunciáramos al comienzo de este trabajo), la magnitud y plena operatividad de esa garantía de modo alguno deberá verse afectada, limitada o vulnerada por la inadecuada aplicación e interpretación de las normas de emergencia.

Y por el contrario, aquella garantía debe ser tutelada, puesta en pleno funcionamiento, revitalizada en caso debilitamiento, aún durante la vigencia de la emergencia sanitaria y las normas dictadas en su consecuencia.

En tal sentido, se advierte que la plena operatividad de la garantía del plazo razonable, se exhibe como esencial en la ponderación y evaluación que deben efectuar las administraciones públicas para materializar las excepciones a la suspensión de plazos y procedimientos, junto con la indagación y análisis de posibles afectaciones de otras garantías y derechos, derivadas de la paralización.

Además, como hemos visto, las normas de emergencia están sujetas a sucesivas prórrogas en virtud de la continuidad de la pandemia del coronavirus COVID-19, produciendo ello la suspensión sine die de los procedimientos y plazos, con la consecuente posibilidad real de generar una afectación o vulneración de derechos o garantías de manera sobreviniente, pues originariamente puede que no existiera riesgo alguno en cuanto a su lesión.

En tal sentido, las administraciones públicas poseen la responsabilidad primordial de rea-

lizar una evaluación inicial y luego de modo periódico **(22)** (de oficio, sin necesidad de solicitudes de los interesados), de la situación de los expedientes administrativos (tengan soporte digital o papel), bajo el prisma de los derechos y garantías de los ciudadanos, y de modo especial, han de ponderar la afectación de la garantía del plazo razonable que nos ocupa, a fin de disponer la operatividad inmediata de las excepciones previstas en las normas suspensivas, o en su caso, determinar y proyectar el momento que deberán hacerse efectivas.

Resulta esencial que las actuaciones administrativas se tramiten y se resuelvan en tiempo oportuno, para evitar elongaciones que afectarán inexorablemente la esfera jurídica de los particulares, sus derechos y garantías constitucionales y convencionales.

Dicho de otro modo, la afectación de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo se constituye en origen de vulneración de otras garantías y derechos.

En suma, la adecuada ponderación que corresponde efectuar a las administraciones públicas al momento de decidir la excepcional continuidad de los procedimientos debe incluir todas las circunstancias objetivas de las actuaciones (y del estado del trámite), vinculadas a la garantía del plazo razonable **(23)**; y, además, la evaluación de la situación personal en que se encuentra o que rodea al interesado (afectación de derechos sociales, vulnerabilidad, carácter de imputado o sumariado, etc.).

(22) Con una periodicidad determinada objetivamente, p. ej. cada vez que se produzca una nueva prórroga en las normas suspensivas.

(23) A la luz de las pautas y estándares de razonabilidad establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales han sido receptados por nuestra jurisprudencia, como hemos señalado antes.

# Los cierres de circulación que efectúan los municipios en tiempos del coronavirus

Cintia R. Febraro

**Sumario:** I. Introducción.— II. El poder de policía sanitario en la emergencia.— III. Alcances de los DNU 260/2020 y 297/2020. Coordinación y límites: servicios esenciales.— IV. Conclusión.

## I. Introducción

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud —OMS—, preocupada por los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y su gravedad, determina en su evaluación que la COVID-19 (1) se caracteriza como una “pandemia” (2).

Según la Real Academia Española, el término “pandemia” (3) se define como una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región.

En vista de las recomendaciones de la OMS varios países, entre los que se incluye Argentina, aplicaron medidas estrictas de confinamiento como una forma de responder a la intensa transmisión de la enfermedad. Estas medidas fueron utilizadas para reforzar la capacidad de localizar casos, aislarlos, cuidar pacientes, como formas de controlar el virus y

ralentizar su propagación a la vez que rebajar la presión en los sistemas de salud pública.

El marco jurídico en nuestro país ante la pandemia del COVID-19 fue a través del dictado de los decs. 260/2020 de fecha 12/03/2020 y su modificatorio, el 287/2020, el 297/2020 de fecha 19/03/2020, el 325/2020, el 355/2020, el 408/2020, el 459/2020, el 493/2020 y el 520/2020 del 07/06/2020 que prorroga hasta el 24/06/2020, estableciendo, por una parte, el “distanciamiento preventivo y obligatorio”, que incluye a las personas que residen en todas aquellas zonas donde no existe circulación comunitaria del virus y que verifiquen en forma los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos en base científica; y por la otra parte, prorroga el plazo de la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, para las personas que residen en zonas con transmisión comunitaria o no cumplan con los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos (4).

Dentro de dicha normativa se enmarca el “aislamiento social preventivo y obligatorio”, que implica abstención total y temporaria de circulación, salvo las excepciones estableci-

(1) Según la OMS los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19.

(2) Página Web OMS <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

(3) Página Web oficial <https://dle.rae.es/pandemia>.

(4) El Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), las Ciudades de Córdoba, Trelew, Bariloche y Cipolletti, la zona de Resistencia y Gran Resistencia, presentan transmisión comunitaria y son las áreas más afectadas al momento de dictado del presente decreto, por lo cual requieren de un especial abordaje para controlar el crecimiento en el número de casos, y allí deben dirigirse los mayores esfuerzos. (Considerandos del dec. 520/2020).

das para personas afectadas a diferentes actividades y servicios es lo que se denomina como “servicios esenciales”. Asimismo, las decisiones administrativas 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020, 607/2020, 622/2020, 625/2020, 703/2020, 729/2020, 745/2020, 763/2020, 766/2020, 810/2020, 818/2020, 820/2020, 876/2020, 886/2020, 903/2020, 904/2020, 909/2020, 919/2020, 920/2020, 941/2020 y 942/2020 dictadas con el fin de no interrumpir el suministro de productos y servicios esenciales y, también, para ir incorporando la realización de diversas actividades económicas en los lugares donde la evolución de la situación epidemiológica lo permitiera.

Con relación al “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”, son medidas necesarias para contener el impacto de la epidemia en cada jurisdicción y, distanciamiento social interpersonal de dos [2] metros junto con la utilización de tapabocas, la higiene de manos, respiratoria y de superficies son medidas preventivas para reducir la transmisión.

Siguiendo los lineamientos de Nación, el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires dictó los decs. prov. 132/2020, 180/2020, 203/2020 entre otros y cc., lo mismo que los Poderes Ejecutivos municipales para la órbita local de sus territorios.

Es un hecho que el coronavirus pone en peligro la vida, integridad y la salud colectiva de las personas. Ahora bien, también es un hecho que coronavirus trae aparejado como efecto colateral la restricción de los derechos fundamentales, problemática que se reflejó a nivel mundial.

En lo que respecta al presente trabajo tal como se referencia en la introducción se circunscribe analizar específicamente los cierres de circulación que se efectuaron en algunos municipios mediante la realización de los llamados “retenes”, bloqueando caminos y accesos con la finalidad de concentrar el control de las entradas a sus respectivos distritos. Tratando de responder la siguiente pregunta: durante el estado de emergencia, ¿el poder de policía es más mordaz sobre el derecho de las personas?

## II. El poder de policía sanitario en la emergencia

El DNU 260/2020 en el art. 1º precisa que fue dictado en el marco de la ampliación de la “emergencia pública en materia sanitaria” establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia por COVID-19.

En la misma línea de acción, la provincia de Buenos Aires, al igual que Nación, había declarado la “emergencia sanitaria” mediante ley 15.165 —sancionada el 19/12/2019, BO 23/12/2019— y dictó el dec. 132/2020 de fecha 12/03/2020, el cual establece la “emergencia sanitaria por 180 días” en el marco del COVID-19. Al igual que muchos municipios de la provincia de Buenos Aires que tenían declarada la emergencia sanitaria y la extendieron en el marco de la pandemia.

Si se examina el reflejo jurídico de la crisis, ¿qué es la emergencia pública? Vemos que se la ha declarado en todos los campos y por muchos años: hubo emergencia política que hizo vivir al país en estado de sitio, emergencia monetaria, alimentaria, sanitaria, laboral, emergencia declarada a nivel nacional, provincial y municipal, emergencias de economías regionales, en sectores de la actividad económica como el seguro o el transporte o el bancario.

La historia de la humanidad nos ha enseñado que siempre existieron crisis, provocadas por la naturaleza o por la mano del hombre. Entre crisis que han azotado al mundo, ocupa un lugar preponderante las gravísimas epidemias que han diezmando poblaciones enteras.

La emergencia pública fue concebida históricamente como una situación extraordinaria, que en cuanto tal requiere correlativamente de respuestas extraordinarias. Tal como dijo el Máximo Tribunal Nacional, acontecimientos extraordinarios reclaman remedios también extraordinarios (5).

El profesor Sagüés, al tratar de diferenciar “el estado de necesidad” de “la necesidad común”, precisa que esta “alude a situaciones gravísimas y excepcionales, donde está en juego la super-

(5) CS, Fallos: 238:76 (ADLA, 87-113).

vivencia del Estado como cuerpo político o la suerte de la sociedad toda” (6).

Ahora bien, es dentro de la declaración de la OMS de pandemia por COVID-19 que se sancionaron estos decretos, precisándose en estos que se los dictaba dentro del marco de la “policía de salubridad”, el cual debemos analizarlo dentro de lo que se denomina “poder de policía” que, en términos jurídicos, Carlos Balbín define como el poder de ordenación y regulación —mayor o menor— según el modelo y las circunstancias sociales, políticas y económicas, que históricamente es concebido como un instituto clásico de intervención en la sociedad (7).

Coincido con el profesor Balbín (8) cuando señala que el instituto del poder de policía, al igual que otros conceptos en el ámbito del derecho público viven permanentemente en conflicto intentando redefinirse una y otra vez, y después de precisar las aristas que dicha crisis posee, dejando a salvo que a su parecer tienen bases en principios y reglas constitucionales (arts. 14, 19, 28 y 75, incs. 10, 12 y 13, CN). Con base en ello, ¿cuál es el alcance de ese poder de policía de emergencia (9) por la declaración de pandemia mundial por COVID-19?

En cuanto al concepto de “emergencia pública”, ha sido extensamente desarrollado por nuestro Máximo Tribunal Nacional, a lo largo de varios precedentes y en este sentido podemos entenderlo hoy en día en vista de las determinaciones que la Corte ha realizado, pudiendo esto dar una respuesta inmediata a la pregunta que nos planteáramos en el párrafo anterior.

Considero conveniente reseñar sobre esta cuestión uno de los primeros precedentes de nuestro Máximo Tribunal Superior como es el

(6) SAGÜES, Néstor P., “Los decretos de Necesidad y Urgencia: derecho comparado y derecho argentino”; LA LEY, 1985-E; Sección Doctrina.

(7) BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., t. II, p. 375.

(8) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 374.

(9) Término expresamente utilizado por la CS, Fallos: 313:1638 (1990), “Videla Cuello, Marcelo sucesión de c. Provincia de La Rioja s/ daños y perjuicios”.

caso “Ercolano” (10) donde la Corte la corte dijo que es necesario distinguir entre las restricciones de las actividades individuales cuando se encuentran apoyadas en el orden, la salud y la moralidad colectivas cuya legitimidad no puede discutirse sino solamente su alcance.

También merece reseñarse el precedente “Videla Cuello” (11) donde nuestro Máximo Tribunal establece que “la emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que esta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego”.

Asimismo, el fallo “Peralta” (12) donde la Corte Suprema reconoce por primera vez en cabeza del Poder Ejecutivo el ejercicio de las facultades del Poder de Policía, ya que es el responsable de preservar la integridad y continuidad del Estado. Asimismo, este precedente resulta sumamente importante ya que esboza un fundamento que luego es repetido a lo largo de los distintos fallos que en lo sucesivo se dictaron, que sostiene: “el Estado debe y puede restringir con mayor rigor los derechos de las personas en situaciones de excepción porque, en caso contrario, destruiríamos al propio Estado y, consecuentemente los derechos que pretendemos proteger”.

También resulta importante el fallo “Muñiz Barreto” (13) al establecer un criterio importante: “en circunstancias excepcionales y transitorias, cuando hay urgencia en atender a la solución de problemas que afligen a la comunidad, cuadra el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad, pero ello siempre en el marco del Estado de derecho”.

Continuando con este análisis de entender el alcance de Poder de Policía en la emergencia, me permito precisar que la jurisprudencia norteamericana consideró que el poder de policía es y deber ser, desde el punto de vista de su ver-

(10) CS, Fallos: 136:161 (1922), “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”.

(11) CS, Fallos: 313:1638 (1990).

(12) CS, Fallos: 313:1513 (1990).

(13) CS, Fallos: 270:374 (1968).

dadera naturaleza, no susceptible de definición exacta alguna y de él depende la seguridad de los ciudadanos y el confort de la existencia de la comunidad densamente poblada (14).

El punto más controvertido, como bien señala Balbín (15), es encontrar el equilibrio entre ese poder de limitación y regulación y el deber estatal de no interferir con el espacio autónomo de las personas y de respetar los derechos fundamentales. La pregunta que debe analizarse y en el caso particular del presente trabajo es: ¿hasta dónde puede el Estado limitar los derechos? ¿Cuáles son los límites razonables del poder de policía en el estado de emergencia en el marco de una pandemia por COVID-19?

El poder de regulación y ordenación estatal también se encuentra previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 29) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 30).

Me parece importante reseñar un precedente de la CS, el fallo “Rosalía de Ocampo” (16), donde se establece como límite: “uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el *sub lite*, es que este tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos”.

También en este sentido nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c. PEN s/ sumarísimo” (17) y en “Provincia de San Luis c. Estado Nacional y otros” (18) estableció otro límite sosteniendo que “las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas

(14) Fallo “Slaughter House”, 16 Wall 36, p. 394, citado por HUTCHINSON, Tomás, “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Administrativo Poder de Policía y Fomento”, Ed- La Ley, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. I, p. 141.

(15) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 381.

(16) CS, Fallos: 323:28 (2000) “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros”.

(17) CS, Fallos: 325:28 (2002).

(18) CS, Fallos: 326:417 (2003).

en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica”.

Saliendo por un momento de nuestro país y ver lo que está sucediendo en el mundo, resulta interesante el tratamiento que la doctrina española realiza de la normativa dictada en estos momentos para paliar la pandemia por COVID-19. Esta la encuadra dentro del “derecho de necesidad”, ya que ellos en su Carta Magna prevén la existencia de los “estados excepcionales” (art. 116. CE prevé la existencia de tres estados excepcionales: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio).

Es el profesor de la Universidad de Extremadura Álvarez García (19) quien, de manera grandilocuente, explica cómo este opera: “En este sentido, este tipo de normas (aborden las crisis que sean) tienen dos efectos fundamentales: uno de carácter negativo; y otro positivo. En su vertiente negativa, la necesidad permite excepcionar de manera temporal la aplicación del derecho ‘normal’ (sobre el que se corre un velo en tanto dure el peligro), que es el que rige cotidianamente la vida social. Este efecto de inaplicación del derecho ‘ordinario’ se ve completado con otra cara de naturaleza positiva: la necesidad faculta a los Poderes Públicos para adoptar la medida concreta para solventar la situación de crisis (esto es, permite crear un derecho de necesidad, de excepción, de emergencia o de crisis —todas esas denominaciones sirven, sin duda, para caracterizarlo—). La necesidad se erige de esta manera en una técnica de adaptación del derecho a la realidad social”.

Esta línea doctrinaria española citada, entiendo que los poderes de necesidad deben someterse a límites operativos, circunscribiéndolos básicamente a dos: 1) existencia efectiva de una situación de necesidad, esto es la existencia de un peligro grave y real para un fin comunitario esencia y 2) el respeto del principio de necesidad (no es más que la aplicación del principio de proporcionalidad que sirve para perfilar el contenido concreto de las diferentes medidas

(19) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “EL CORONAVIRUS (COVID-19): RESPUESTAS JURÍDICAS FRENTE A UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA”, Revista Cronista “El del estado social y democrático de derecho», 86/87.

que los Poderes Públicos estarán habilitados para adoptar, permitiendo delimitar el alcance derogatorio del derecho ordinario y del contenido del nuevo derecho extraordinario que genera la necesidad).

La doctrina española también ha sostenido: “Materialmente y por lo general, los efectos generales de la excepcionalidad son una centralización de competencias a favor del poder Ejecutivo y dentro del mismo, una concentración dentro de un mismo poder, así como alteraciones de competencia entre diferentes organizaciones territoriales. En todo caso, por lo que aquí interesa, el último bloque de reacciones típicas suscitadas por la necesidad son las relativas a la alteración de reglas de fondo, en particular los derechos y libertades, así como la alteración, sustitución o supresión del procedimiento” (20).

Ahora bien, volviendo a nuestro país, debemos señalar que la Salubridad Pública, históricamente formó parte de la tríada originaria del instituto del Poder de Policía, junto a la seguridad y moralidad. Sin perjuicio que el concepto con posterioridad sumó otros como economía, bienestar, confianza y decoro.

Es dentro de todo este marco jurídico reseñado que debemos partir para analizar el tema propuesto, contemplando los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios tanto nacionales como internacionales, ya que esta pandemia que nos aqueja es un problema mundial.

### **III. Alcances de los DNU 260/2020 y 297/2020. Coordinación y límites: servicios esenciales**

Con fecha 12/03/2020 se dictó el DNU 260/2020 —en el marco de las atribuciones del art. 99, incs. 1º y 3º de la CN—, que establece en forma expresa en el art. 1º la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la OMS con relación al COVID-19 por el término de 1 año a partir de la entrada en vigencia. Asimismo, en el art. 2º declara al Minis-

terio de Salud como autoridad de aplicación y le otorga una serie de facultades dentro del marco de la Emergencia declarada. Estableciendo en el art. 3º el “aislamiento obligatorio” y otras medidas preventivas para quienes revistan el carácter de “casos sospechosos”, quienes posean confirmación de haber contraído el COVID-19, para los denominados “contactos estrechos”, quienes arriben a país habiendo transitado por zonas afectadas entre otras medidas preventivas. Asimismo, en el art. 18 se faculta a disponer el cierre de lugares que den lugar a eventos masivos y la suspensión de espectáculos públicos como el de imponer distancias de seguridad u otras medidas necesarias para evitar aglomeraciones.

Siguiendo este lineamiento de acción con fecha 19 de marzo de 2020 se dictó el DNU 297/2020, prorrogado por decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y el último dec. 493/2020 extiende hasta el 07/06/2020 estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” durante el cual todas las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en los lugares que se encuentran. Asimismo, se estableció expresamente la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Estableciéndose un límite en el art. 6º los exceptuados del cumplimiento del ASPO y de la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales de la emergencia. Por sucesivos decretos se fueron incorporando distintas actividades que fueron consideradas como servicios esenciales.

Dichas medidas se encuentran entre las aconsejadas por la OMS. Tal como fue reconocido en el último discurso brindado por el Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada este último 11 de mayo de 2020, al indicar que estas fueron adoptadas por los diversos países y gracias a las cuales se ha logrado reducir la propagación del virus y se han salvado vidas.

Ahora bien, tanto el DNU 260/2020 como el DNU 297/2020 remiten a la autoridad provincial y local para garantizar el control de la pandemia provocada por el COVID-19.

Desde esta plataforma de análisis se puede deslindar un sistema de coordinación de competencias, que entendemos se la debe inter-

(20) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El concepto de necesidad en Derecho público”, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 410.

pretar de la siguiente manera: si la autoridad provincial no dicta normas rige la nacional, pero si las primeras dictan sus normas e incluso más intensas son las que rigen, no así si interfieren el objeto nacional, esto es el límite del respeto de “los servicios esenciales”.

Ahora bien, estas medidas son las que previsiblemente serán suficientes para hacer frente a la crisis sanitaria. Pero ¿y si a lo largo de esta pandemia estas no resultan suficientes? El Legislador ha tenido la precaución de pensar en una solución jurídica para estos supuestos, incluyéndose cláusulas generales en todas las disposiciones legales, que permiten a las autoridades sanitarias adoptar las “medidas necesarias” para luchar contra estas emergencias. Es en este sentido que debe ser interpretada esta normativa de excepción.

En este sentido los municipios se encuentran facultados para fijar todo tipo de restricciones temporales de circulación, actividades comerciales y sociales, cerrar accesos de entradas a los fines de centralizar los puestos de control y supervisión de la entrada y salida de los ciudadanos, todo ello en vista de la emergencia sanitaria en curso y procurando paliar la pandemia del COVID-19 dentro de su territorio.

El incremento de contagios, unido a las proyecciones epidemiológicas derivadas de lo que sucedía en países en que el COVID-19 había llegado antes, provocaron que de forma sucesiva en muy corto espacio de tiempo la mayor parte de los municipios adoptaran decisiones jurídicas y organizativas para poner a punto sus sistemas de salud, contar con los medios técnicos y humanos precisos y confinar a enfermos y población, en general. Asimismo, facilitar el control de los permisos únicos de circulación.

La Constitución Nacional establece el régimen federal de reparto territorial de competencias entre el Estado central y los Estados provinciales, estos delegaron en aquel competencias expresas, implícitas y residuales en el marco del acuerdo constitucional y a su vez conservaron el poder no delegado (21).

(21) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 401.

En vista de nuestro sistema federal de gobierno de acuerdo con lo establecido en los arts. 5º, 123, 75, inc. 30 y 41 de la CN y la Constitución de la provincia de Buenos Aires, los municipios de la provincia de Buenos Aires se encuentran facultados para ejercer la tutela y resguardo de la salud de sus vecinos, convirtiéndose esto en una doble tutela ya que con ello se asegura el resguardo de la salud nacional.

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. Por ende, con la instalación de redes y puestos de control, no puede entenderse que hay cierre de fronteras internas, sino que representa una puesta en vigencia de la emergencia sanitaria nacional en territorio provincial y local, por un espacio temporal y mientras dure la pandemia por COVID-19.-

Pongo de resalto lo manifestado por el catedrático español de la Universidad de Extremadura Vicente Álvarez García (22) quien en referencia a la normativa dictada en España para luchar contra el COVID-19 ha expresado: “Con todo, la Historia ha demostrado que el derecho no puede racionalmente anticiparse a todo ex ante, sobre todo cuando aparecen crisis extremas. Esta irrefutable constatación motiva que los Estados más desarrollados, aunque hayan pretendido tipificar los riesgos que justifican la activación de los poderes de necesidad y las diferentes categorías de medidas para hacerles frente, no han tenido más remedio que acudir en sus normas a cláusulas generales de necesidad, que habilitan a los Poderes Públicos a actuar, ante una situación de máxima emergencia no prevista de manera específica por el derecho, con aquella medida que sea necesaria y proporcionada para superar la, incluso aunque dicha medida no esté expresamente prevista de manera nominal por las normas escritas”.

En este sentido debemos precisar que en España las primeras medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas como responsables de los sistemas de salud, usaron una batería de

(22) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, ob. cit.

normas que la profesora Nogueira López (23) denominó como del viejo derecho administrativo sectorial, pero que el avance de la enfermedad provocó la declaración por el gobierno central del estado de alarma.

Ahora bien entre otras medidas que adoptó el Estado Español y en lo que hace a el presente trabajo, ha tomado con relación a la restricción de circulación de carreteras e instalación de retenes una normativa similar a la nuestra, tal es así que el real dec.-ley 6/2020, de 10 de marzo, la parte pertinente reza: “la habilitación al Ministerio del Interior para que pueda acordar el cierre de carreteras o la restricción de la circulación en ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico”.

Tal como lo estable nuestro marco normativo constitucional, los municipios no pueden cerrarse en forma total, ya que dicha circunstancia contravendría el derecho consagrado en nuestra Carta Máxima de libre circulación. Ahora bien, tal como lo establecen los DNU, no existe un cierre total sino hay un límite establecido claramente por la normativa y esto es que asegura la libre circulación para servicios esenciales.

Un tema que creo debe ser de un mayor análisis con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad es la práctica de algunos municipios que a las personas que arriban a sus territorios por medio de vehículos de taxis o remises los obligan en los límites de la ciudad a realizar un trasbordo en vehículos de agencias de taxis o remises locales como única forma de que se trasladen por el interior de la ciudad. Generando un costo extra para los individuos y evidenciando un tinte netamente económico que nada se relaciona con la seguridad de la salud pública.

El hecho de que los límites estén expresamente establecidos por la normativa es que el actuar de los municipios se debe determinar caso por caso y atendiendo a la urgencia temporal y a la severidad del peligro, mediante el recurso

(23) NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, “Confinar el coronavirus. Entre el Viejo Derecho Sectorial y el Derecho de Excepción”, Revista Cronista -El del estado social y democrático de derecho», 86-87.

los principios de proporcionalidad y razonabilidad (24). Y siempre asegurando y respetando los “servicios esenciales”, los cuales no deben ser limitados bajo ninguna circunstancia.

#### IV. Conclusión

Con posterioridad a la reforma Constitucional del 94 los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22, CN, pasaron a complementar el sistema de derechos individuales y sociales reconocidos en la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional, mediante mandatos que vinculan al juez, a la Administración y a todos los operadores jurídicos ya sean públicos o privados (25).

En vista de este complemento de protección, específicamente en cuanto al derecho de libertad de tránsito o derecho a la libre circulación, que bajo una forma genérica se encuentra consagrada en el art. 14, CN (26), se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tal como se encuentra citada en la misma normativa de excepción, en ambos ordenamientos internacionales se encuentra consagrada la posibilidad de que los Estados por razones concernientes a la “salud” impongan restricciones, siempre dentro de un margen de razonabilidad, igualdad y legalidad.

(24) Que las medidas que se establecen en el presente decreto son adoptadas en forma temporaria y resultan necesarias para proteger la salud pública, y razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país (Considerandos del dec. 520/2020).

(25) CASSAGNE, Juan Carlos, “Los Grandes Principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 2.

(26) María Angélica Gelli al analizar dicho derecho, considera que la libertad de locomoción como todos los derechos no es absoluto en su ejercicio, no obstante, lo cual se requiere que las eventuales reglamentaciones que se dicten en consecuencia sean extremadamente cuidadosos, para no vulnerar los derechos. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 4ª ed., t. I, p. 123.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración N.º 1/20 denominada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales” del 09/04/2020 considera que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humano.

Ahora bien, el derecho a la salud, derivado del derecho a la vida y del principio de la dignidad de la persona humana, tuvo un primer reconocimiento en el art. 14 bis, CN adquiriendo supremacía constitucional tras la reforma constitucional de 1994 en vista de encontrarse recepcionado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 1966.

Dicho Pacto internacional reconoce entre otras cuestiones la obligación para los Estados de adoptar una serie de medidas entre ellas la prevención y tratamiento de toda clase de enfermedades y creación de condiciones que garanticen asistencia y servicios médico, ten-

diente asegurar la plena efectividad d este derecho (27).

Es en este sentido que cobran relevancia las palabras del profesor Cassagne, cuando precisa que “los derechos no se encuentran en conflicto *a priori* y resulta necesario su armonización mediante un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa” (28).

Y, asimismo, plantea que el desplazamiento de un principio general por otro es un acto de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, conforme la razonabilidad práctica (29).

Es en este sentido creo conveniente que debe ser sopesada la presente normativa, a la hora de analizar la validez de los cierres temporales de circulación de algunos caminos y calles por parte de los municipios, ponderando y armonizando el derecho de la salud de toda la comunidad y el de libre circulación, encontrando en estos cierres temporales la manera de lograr mayor efectividad sobre el control de entrada y salida de sus territorios a los fines de propender a resguardar la salud de la comunidad todo ello en el marco de la pandemia por COVID-19.

---

(27) Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(28) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 5.

(29) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 5.

# La suspensión de los plazos administrativos en el ámbito de la AFIP, en virtud de la emergencia sanitaria declarada por el coronavirus COVID-19

Lucas R. Figola (\*)

**Sumario:** I. Algunas consideraciones previas.— II. Naturaleza jurídica de la AFIP.— III. FERIA FISCAL.— IV. FERIA FISCAL EXTRAORDINARIA, suspensión de plazos especiales y limitaciones en función del COVID-19.— V. Conclusiones.

## I. Algunas consideraciones previas

En primer lugar, cabe reseñar que el objetivo del presente es intentar aclarar el alcance de la suspensión de los plazos administrativos en la AFIP a través de las res. gales. 4682, 4692, 4695, 4703, 4713, 4722 y 4736/2020, que se extienden desde el día 18/03/2020 hasta el día 28/06/2020 inclusive.

Consecuentemente, es válido indicar que mediante el dec. 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, el Poder Ejecutivo Nacional, amplió la emergencia pública en materia sanitaria, establecida por la ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus (COVID-19), durante el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del citado decreto.

Ahora bien, a través de los decs. 298, 327, 372, 410, 458, 494 y 521/2020 se suspendieron el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Dec. 1759/1972, t.o. 2017 y por otros procedimientos especiales.

Dicha suspensión comenzó a regir desde el 20/03/2020 hasta el 28/06/2020 comprendido. No obstante, distintos organismos nacionales (a los cuales también se les aplica la suspensión establecida en este decreto) han dictado normativa suspendiendo plazos dentro del ámbito de su competencia ya sea de manera general o en ocasiones respecto de trámites puntuales.

En esta ocasión como se mencionó al principio nos concentraremos específicamente en lo que respecta a la Administración Federal de Ingresos Públicos, ente recaudador administrativo tributario.

## II. Naturaleza jurídica de la AFIP

Como una aproximación primaria al tema, podríamos decir que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), es el organismo que tiene a su cargo la ejecución de la política

---

(\*) Abogado UBA. Diplomado en Gestión Pública por la FCE de la UBA. Especialista en Abogacía del Estado y en Contratos Administrativos, ambas por la Escuela de Abogados del Cuerpo de Abogados del Estado. Cursando la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

tributaria, aduanera y de recaudación de los recursos de la seguridad social de la Nación (1).

Esta fue creada en el año 1997 a través del dictado del decreto de necesidad y urgencia 618/1997 y está integrada por la Dirección General de Aduanas (DGA), la Dirección General Impositiva (DGI) y la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social (DGRSS).

En dicho contexto, se instituyó que el referido organismo recaudador desarrollaba su acción como ente autárquico, con personería jurídica propia y legitimación procesal, con capacidad para actuar en el ámbito del derecho público y privado, actuante en la órbita del Ministerio de Economía, y que tendría la organización y competencia fijadas por el presente decreto, considerando a su vez, a partir de su publicación en el Boletín Oficial, disueltas la Administración Nacional de Aduanas y la Dirección General Impositiva siendo reemplazadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos, la que ejercerá todas las funciones que les fueran asignadas a aquellas por las leyes 11.683, 22.091, 22.415 y por el dec. 507/1993 (ratificado por la ley 24.447); y sus respectivas modificaciones, así como por otras leyes y reglamentos.

Ahora bien, el punto que nos ocupa resulta un tanto controversial, porque un sector mayoritario entiende que la AFIP se encuadra como un *ente público no estatal*. No obstante, de la normativa que a continuación se desarrollará se podrá observar las contradicciones que se presentan al momento de poder configurar correctamente la naturaleza jurídica del organismo.

Para entender la génesis de este conflicto, debemos remontarnos a los orígenes de la sanción de la ley 24.156, promulgada parcialmente el 26 de octubre de 1992, donde en su art. 8° efectuó una clasificación primigenia del sector público nacional, que a tal efecto estaba integrado por:

“a) Administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social.

“b) 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 tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

Así las cosas, recordando que la creación de la AFIP fue en el año 1997, es válido resaltar que luego el dec. 1399 del 4 de noviembre de 2001 dispuso importantes modificaciones al ente recaudador, asegurando la integración, titularidad y disponibilidad de los recursos de la Administración Federal de Ingresos Públicos, caracterizándola como un ente público extrapresupuestario respecto del presupuesto de la Administración Central.

Concretamente, en su art. 3° se establece: “La *Administración Federal de Ingresos Públicos* estará sometida al régimen establecido para los entes enumerados en el *inc. b) del art. 8° de la ley 24.156*. El régimen de contrataciones de la entidad será establecido por el Administrador Federal, con la conformidad del Ministro de Economía” (el destacado es propio).

Es decir, para aquel período de tiempo, solo existían dos tipos de entes en los cuales se los podía clasificar dentro del Sector Público Nacional, y si la motivación principal era dotar de profesionalización e independencia a la AFIP no resultaba una opción válida el incluirla dentro de la Administración centralizada.

En ese hilo de pensamiento, concierne remarcar el valor del dictado de la ley 25.827, promulgada parcialmente *a posteriori*, el 18 de diciembre de 2003, ya que sustituyó el art. 8° de la ley 24.156 por el siguiente texto:

“Art. 8°. Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:

“a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.

(1) <https://www.afip.gob.ar/institucional/#ver>.

“b) 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.

“c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

“d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

“Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades” (el destacado nos pertenece).

Es claro, que la nueva redacción que incluye al inc. c), detalla de manera precisa y concreta la actuación fáctica en la que realmente se desenvuelve la AFIP.

Asimismo, la res. 179-E/2016 de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas en su art. 1º reza: “Apruébase la actualización y ordenamiento de la Clasificación Institucional para el Sector Público Nacional vigente a partir del Ejercicio fiscal 2017, de acuerdo con el detalle obrante en que el Anexo (IF-2016-01336657-APN-SSP#MH)”.

El señalado clasificador institucional abarca todo el ámbito del Sector Público Nacional no Financiero. Así pues, en el diseño del clasificador institucional se considera la organización del sector público definida en la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas

de Control del Sector Público Nacional y la ley 25.917 que instituye el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

De acuerdo a dicha normativa, como ya se ha dicho, el Sector Público Nacional “... está integrado por la Administración Nacional, que a su vez comprende a la Administración Central, los Organismos Descentralizados, las Instituciones de Seguridad Social; los Fondos Fiduciarios; las Empresas y Sociedades del Estado; los Entes Interestadales; las Universidades Nacionales; las Obras Sociales Estatales; otros entes que si bien pertenecen al Sector Público Nacional no Financiero no revisten el carácter de empresa o sociedad del Estado y no consolidan en el presupuesto de la Administración Nacional; y por el Sector Público Nacional Financiero, integrado por el Sistema Bancario Oficial y otras Instituciones Públicas Financieras” (el destacado no es original).

En ese orden de ideas, se plasma expresamente dentro del grupo “Otros Entes del Sector Público Nacional no Financiero” a los siguientes:

- Administración Federal de Ingresos Públicos.
- Unidad Especial Sistema de Transmisión Yacretá (UESTY).
- Instituto Nacional de la Música (INAMU).
- Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales.
- Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Tal como se desprende en forma clara, todos ellos resultan ser entes públicos no estatales (EPNE), incluso en la mayoría su propia normativa lo plasma expresamente.

Como colofón de lo expuesto, y para no extendernos más sobre el tema, se concluye que la AFIP debe ser considerada como un EPNE, con todo sus atributos y facultades, dado que, el dec. 1399/2001 fue dictado previo a la reforma del mentado art. 8º que amplía las clasificaciones descriptas para el Sector Público Nacional, donde no existía alternativa entre ser parte de la Administración Centralizada o no, por otra par-

te, resulta claro que el ente recaudador federal no es parte de una organización empresarial o sociedad del Estado y su presupuesto no se consolida con el de la APN.

Sin perjuicio de ello, se estima conveniente el dictado de una norma que modifique expresamente el dec. 1399/2001, actualizándolo conforme el actual criterio de funcionamiento, a los efectos de una mayor claridad y una mejor técnica legislativa.

Todo ello, reviste vital jerarquía, dado que tal encuadre (art. 8º, inc. c de la LAF), implica entenderlo como *un ente público excluido expresamente de la Administración nacional*, comprendiendo esto a:

1. Cualquier organización estatal no empresarial.

2. Con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio.

3. Donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones.

4. Vale aclarar que ello incluye aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

Ahora bien, con la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado nacional y aumentar la eficiencia y la calidad en la gestión pública, la ley 25.152 dispone en su art. 5º, inc. a): “Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional requerirá del dictado de una ley”.

En esta línea argumental, el dec. 618/1997 fue dictado en el ejercicio de las facultades atribuidas por el art. 99, inc. 3º de la CN (2), por lo que

(2) “Art. 99. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 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

consecuentemente se dio por cumplido el requisito fincado en la ley 25.152.

No obstante, el hecho de estar expresamente excluido de la Administración pública comporta una serie de efectos específicos, resultando como el más típico la exención de la normativa propia del derecho administrativo, es decir, que en principio se rigen por las reglas que se dan en su propio seno y por los cánones del derecho privado, aunque más adelante veremos que dicho alcance no es taxativo ni tan absoluto.

Por ejemplo, el art. 116 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario establece: “En todo lo no previsto en este Título serán de aplicación supletoria la legislación que regula los Procedimientos Administrativos y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, en su caso, el Código Procesal Penal de la Nación”.

Así, la denominada “persona pública no estatal”, que se distingue significativamente de la de “persona pública estatal”, surgió en el año 1945 en un trabajo de Sayagués Laso (3). El citado jurista uruguayo consagró su criterio en su Tratado: “existen otras personas colectivas que [...] no son estatales, que no [...] integran la Administración pública [...] No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Cole-

regulen materia penal, tributaria, electoral o de 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. Esta 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”.

(3) Enrique SAYAGUÉS LASO, jurista uruguayo, nació en 1911 y falleció en 1965. La categoría que nos ocupa fue propiciada en su “Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”, publicado en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales del Litoral, t. 44, 1945, ps. 5-42.

gios de Abogados [...] cuando han sido creados por ley” (4).

En un destacado y valioso trabajo sobre el tema (5), la Dra. Estela Sacristán aportó además de lo indicado en el párrafo anterior que Villegas Basavilbaso repara también en esa figura. Sin embargo, es Marienhoff quien termina de darle un perfil como lo conocemos hoy día, caracterizándola por su: a) creación; b) fines; c) personal; d) patrimonio; e) control; f) poder de *imperium*. Tales pautas se consagraron en el fallo “Romay”, de 1954, donde se explicitan casi todos los criterios enumerados (6).

Admiten también la existencia de las personas públicas no estatales Diez (7), Linares (8), Cassagne (9), Comadira (10), Dromi (11), Gordillo (12),

Bianchi (13), Monti-Muratorio (14). Empero, hay juristas que rechazan su existencia tales son los casos de Barra (15), Canosa (16), Hutchinson (17). También hay autores sanamente críticos hacia la confusión de la clasificación que distingue personas públicas estatales y no estatales como Escola (18), Ivanega (19).

Por su parte, la misma jurisprudencia transita el sendero de la imprecisión conceptual, tal como se advierte en el fallo “Sociedad de Beneficencia”, de 1983, en cuyo contexto se narran las tribulaciones de un órgano estatal devenido en persona de derecho público no estatal (20).

(4) SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Tratado de Derecho administrativo”, Montevideo, 1974, 4ª ed. (actualizada por MARTINS, Daniel H.), t. I, ps. 173-177.

(5) SACRISTÁN, Estela B., “Las personas no estatales como instrumento de gobierno”, Ediciones RAP, Año XXXIV - 408, XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, 2012, ps. 45-56.

(6) “Romay, Francisco Antonio”, CS, Fallos 229:304 (1954).

(7) DIEZ, Manuel M., “Derecho administrativo”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, 2ª ed. renov. y act., t. II, ps. 110-111 y 140.

(8) LINARES, Juan F., “Derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 214.

(9) CASSAGNE, “Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran”, Ed. La Ley, t. 143.

(10) Comentario al art. 1º, LPA, en COMADIRA, Julio R. (MONTI, Laura M. colab.), “Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 43-46.

(11) DROMI, José R., “Instituciones de Derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, reimpr., ps. 442/444.

(12) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, 10ª ed., t. I, p. XIV-17 y ss.

(13) BIANCHI, Alberto B., “La naturaleza jurídica de los entes binacionales”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública — Rap, 159, año 14, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991, p. 10.

(14) MONTI, Laura M. - MURATORIO, Jorge I. “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, en ReDA, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, vol. 14, ps. 517-531.

(15) BARRA, Rodolfo C., “Principios de derecho administrativo”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 186.

(16) CANOSA, Armando, “Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 165, y su remisión a su “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en ED, t. 152, ps. 232-241, especialmente p. 240 y su nota 22. CANOSA, Armando, “Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 165, y su remisión a su “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en ED, 152, ps. 232-241, especialmente p. 240 y su nota 22.

(17) HUTCHINSON, Tomás, “Apuntes acerca de los colegios profesionales previstos en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires”, en AA.VV., Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, ps. 359-373, especialmente p. 359, y su cita de Las corporaciones profesionales, FDA, Buenos Aires, 1982, p. 35.

(18) ESCOLA, Héctor J., “Compendio de Derecho administrativo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. 1, p. 289.

(19) IVANEGA, Miriam M., “Principios de la Administración pública”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2005, ps. 119-121.

(20) “Sociedad de Beneficencia de la Capital c. Nación Argentina”, CS, Fallos 305:1.524 (1983).

Sin perjuicio de lo expuesto, es válido señalar que no todo el arco jurídico acuerda con ello, dado que, no debe dejar de soslayarse la estrecha y palmaria vinculación de la AFIP con el Estado nacional por medio del Ministerio de Economía y Finanzas (este último como su autoridad actuante), por resultar de aplicación la normativa de derecho público e inclusive atento a los fines que persigue, determinándose que no puede considerarse con liviandad al ente encargado de recaudar todo el sistema impositivo, aduanero y de la seguridad social argentino como un “ente público no estatal”, dado que también se podría válidamente inferir que integra la Administración Descentralizada, máxime aun cuando en su conducción participan exclusivamente funcionarios públicos designados por el Estado nacional.

Por ello, la diferencia entre uno y otro tipo de ente es precisamente su estrecha vinculación con la administración, lo que determina que no puedan considerarse como “no estatales”.

Para finalizar, los entes públicos no estatales y poder argumentar desde otra óptica, igualmente podríamos señalar que los EPNE:

1) *Están regidos por el derecho administrativo, solo en lo que respecta a la actividad estatal, circunstancia que no se verifica en del todo.*

2) *El personal a su servicio no son funcionarios o empleados públicos, otra cuestión que no se comprueba en el presente.*

3) *Sus actos jurídicos estarían sometidos al derecho privado, a excepción de los que se dicten en procura de sus fines, tal como se desprende de su normativa ello no sucede dada la absoluta preponderancia del derecho administrativo (21).*

4) *No celebran contratos administrativos, a diferencia de ello, del Reglamento contractual explícitamente se desprende que la naturaleza de estos es administrativa (22).*

(21) Ello, luce en forma clara, de conformidad a la Disposición AFIP 446/2009.

(22) En primer lugar el art. 1º del Anexo a la Disposición AFIP 297/2003 denominado Régimen General para

5) *Sus bienes no están sometidos al régimen de derecho público, condición que tampoco está a la mira, ya que los inmuebles del requieren de autoridades administrativas para su transferencia, previa intervención de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE).*

6) *Los fondos que administran no son públicos, aunque generalmente el Estado dispone que percibirán de sus asociados obligados al pago, algún tipo de contribución, hecho que no se atestigua.*

7) *Irresponsabilidad estatal, acontecimiento que no se correspondería porque claramente aplican tanto la ley 26.854 como la 26.944.*

En resumen, la cuestión en trato resulta compleja dada las argumentaciones que se desprenden tanto a favor como en contra, tanto para uno u otro sentido, y es criterio del que suscribe poder expresar ambas, para que el lector en base a ellas pueda dilucidar, según su propio criterio, a cuál adhiere de manera objetiva.

### III. Feria fiscal

Despejados ciertos conceptos, tal como en el Poder Judicial existe el sistema de Feria, donde se suspende la actividad durante los meses de enero y dos semanas del mes de julio a definir mediante Acordada del Máximo Órgano Judicial, desde el año 2005 la AFIP ha prevenido similar cuestión.

contrataciones de bienes, servicios y obras públicas establece: “Objeto. El Régimen de Contrataciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también que la venta de bienes sea al mejor postor. Toda contratación de la AFIP se presumirá de índole administrativa, salvo que por sus características esté sometida a normas de derecho privado” (El destacado es propio). Ahondando en ello, la Procuración del Tesoro de la Nación en su Dictamen 235/2011, t. 279, p. 286, del 13 de diciembre de 2011, donde las partes eran el Banco Nación y la AFIP, remarcó: “En efecto, no debe olvidarse que estamos frente a un contrato celebrado entre dos entidades autárquicas del Estado Nacional, de allí que la controversia deba ser resuelta en esta instancia bajo el régimen de la ley 19.983 y su reglamentación. En ese marco, tratándose de dos organismos públicos estatales, la naturaleza jurídica del vínculo establecido entre ellos es de carácter interadministrativo”.

Consecuentemente, por medio de la res. gral. AFIP 1983/2005 publicada en el BO el 21 de diciembre de 2005 en su art. 1º dispuso: “En el ámbito de esta Administración Federal no se computarán respecto de los plazos procedimentales, los días hábiles administrativos comprendidos dentro de los siguientes períodos: a) Del 1º al 31 de enero de cada año, ambas fechas inclusive, y b) el período que fije esta Administración Federal, teniendo en consideración la feria judicial de invierno que se establezca cada año para el Poder Judicial de la Nación. Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, se mantiene la plena vigencia (en el ámbito aduanero) de la res. 4091 (ANA)” (23).

Ataño recalcar que ello no obsta al ejercicio de las facultades de contralor del referido organismo durante los mencionados períodos.

Por su parte, los plazos para la contestación de requerimientos, citaciones y/o actuaciones administrativas notificados durante los períodos a que se refiere el art. 1º, comenzarán a correr a partir del primer día hábil administrativo inmediato siguiente a la finalización del período de feria de que se trate.

A su vez, los jueces administrativos (24), mediante resolución fundada, podrán habilitar días y horas para la realización de determinados actos o trámites, en los casos en que la demora afecte los intereses del fisco.

Asimismo, la Administración Federal puede prescribir que la realización de aquellos trámites que resulten improrrogables para el contribuyente, responsable o usuario del servicio aduanero, se realicen ante determinadas dependencias, independientemente de la jurisdicción a la que pertenezcan.

---

(23) Ello se aclara, en virtud de que mediante Resolución 4091 (ANA), del 28 de diciembre de 1983, la entonces Administración Nacional de Aduanas aprobó las normas que disponen la feria administrativa del mes de enero respecto de los procedimientos en el ámbito aduanero.

(24) De acuerdo con el art. 4º del dec. 618/1997 “El Administrador Federal, los Directores Generales y los Administradores de Aduanas en su jurisdicción, actuarán como jueces administrativos”.

#### **IV. Feria fiscal extraordinaria, suspensión de plazos especiales y limitaciones en función del COVID-19**

Atento a las amplias facultades y atribuciones que posee el organismo, algunas de las cuales ya se han desarrollado anteriormente, se destaca que a través de la res. gral. 1983, sus modificatorias y complementarias, ya mencionada se estableció se previó que durante determinados períodos del año (atendiendo a las ferias judiciales que se establezcan cada año para el Poder Judicial de la Nación), no se computen los plazos previstos en los distintos procedimientos vigentes ante este organismo, vinculados a la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos a su cargo.

Ahora bien, en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), mediante el decreto de necesidad y urgencia 297 del 19 de marzo de 2020, se determinó una medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, entre los días 20 y 31 de marzo de 2020, ambos inclusive, que fue prorrogada sucesivamente por sus similares 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020, 408 del 26 de abril de 2020, 459 del 10 de mayo de 2020 y 493 del 24 de mayo de 2020, hasta el día 7 de junio de 2020, inclusive.

En dicho orden, la AFIP dictó las res. gales. 4682, 4692, 4695, 4703, 4713 y 4722, fijando períodos de ferias fiscales extraordinarios hasta el día 7 de junio de 2020, inclusive, con el alcance de las previsiones de la res. gral. 1983, sus modificatorias y complementarias.

No obstante, el decreto de necesidad y urgencia 520 del 7 de junio de 2020, extendió el referido aislamiento entre los días 8 y 28 de junio de 2020, ambos inclusive, exclusivamente para las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente con determinados parámetros epidemiológicos y sanitarios.

Por lo que, en consecuencia, la AFIP estimó conveniente fijar un nuevo período de feria fiscal extraordinario en concordancia con el mencionado plazo, por lo que emitió la res. gral. AFIP 4736/2020.

Este nuevo período podrá ser modificado en la medida en que la paulatina reanudación de actividades que pueda presentarse a lo largo del país, en virtud del “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto por el aludido decreto de necesidad y urgencia 520/2020, así lo amerite.

Sin embargo, en esta nueva reglamentación se consideró necesario exceptuar de la aplicación del nuevo período de feria fiscal, a los procedimientos de fiscalización previstos en el art. 2º de la res. gral. 4703 (25).

## V. Conclusiones

En resumen, no debe dejar de soslayarse la estrecha y palmaria vinculación de la Administración Federal de Ingresos Públicos con el Estado nacional por medio del Ministerio pertinente (este último como su autoridad de aplicación), por resultar de aplicación la normativa de derecho público e inclusive atento a los fines que persigue.

Es por ello que evaluó beneficioso para la sociedad toda un debate amplio sobre la composición y facultades del organismo en comentario.

Asimismo, las amplias facultades otorgadas a aquel nos interpelan a todos como ciudadanos a tener un mayor control y conocimiento de su funcionamiento, ya que dichas atribuciones incluso llegan al punto de disponer el cese de actividades de manera ordinario u extraordinaria y siendo que es el ente que se encarga de la gran tarea de incrementar las arcas de la Nación, depende pura y exclusivamente de ello, la concreción de los objetivos y metas de gobierno, como

(25) Art. 2º. Habilitar la feria fiscal extraordinaria a que se refiere el artículo anterior, para los procedimientos de fiscalización correspondientes a la información proporcionada a esta Administración Federal por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a partir del día siguiente al de la publicación de la presente en el Boletín Oficial.

así también el correcto brindar de los servicios públicos que sin el presupuesto adecuado no podrían actuar.

A riesgo de sonar como un cliché, el suscripto estima pertinente que siempre la suspensión de los plazos sea a favor de las personas, sean humanas o jurídicas, concepto que prefiero antes que contribuyente o responsable, ya que al parecer siempre se invierte la carga de la prueba, donde el más vulnerable debe acreditar que no comete infracción o ilícito alguno con las pocas herramientas que tiene mediante intrincados caminos y consultas a profesionales de diversa índole, mientras que la AFIP mediante su estructura estatal puede disponer o no prórrogas, establecer o no moratorias como así también suspenderlas como así lo estime conveniente, decidir si se efectúa o no denuncia penal en algunos casos, es decir, dispone de amplias facultades que no se pueden equiparar en modo alguno con el ciudadano de a pie o el empresario inversor.

Es por ello que con esto no pretendo hacer un ataque o crítica a la AFIP, sino interpelarnos a todos, incluyéndome, a darnos un debate amplio y consensuado, acerca de las facultades del mentado ente, entendiendo desde luego que cuando el momento sea más propicio ya que este enemigo en común que llamamos COVID-19 nos impone e invita a descubrir los puntos de unión, más que las diferencias, como así también siempre pensar en la mejor manera de construir consensos antes que acentuar diferencias.

Para finalizar, espero que pueda haberle brindado al lector que desconocía el funcionamiento de la AFIP una herramienta más, tanto para su defensa como “contribuyente o responsable” ante una notificación, y así pueda saber que no debe dormirse en los laureles, pero que si no contestó una intimación aún está a tiempo de poder actuar y ejercer su derecho constitucional a la debida defensa en el marco de la tutela administrativa y judicial efectiva.

# Las contrataciones públicas en trámite y el COVID-19

## Algunas reflexiones

Álvaro B. Flores<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Aclaraciones preliminares.— II. La suspensión de plazos administrativos y la contratación pública.— III. Los contratos de adquisición de bienes y servicios en curso de ejecución.— IV. La situación de la obra pública.— V. Concesiones de obra y servicios públicos.

### I. Aclaraciones preliminares

El escenario resultante de la súbita irrupción de la pandemia COVID-19 ha obligado a todos los Estados a adoptar diversas herramientas a fin de mitigar los efectos de la nueva enfermedad, ya sea desde el punto de vista sanitario como económico. Es por ello que, ante esta coyuntura, el derecho administrativo cobra una inusitada relevancia, debido a que el Estado (al ser el gestor del bien común) se encuentra constreñido a adoptar las medidas que resulten necesarias y razonables, todo ello (claro está) dentro de los cauces del Estado Constitucional de Derecho.

Uno de los aspectos que ha merecido un mayor tratamiento en esta situación de emergencia ha sido la contratación pública. Esto obedece a que, los acontecimientos extraordinarios que pueden surgir a consecuencia de (en este caso) la pandemia, acrecientan la necesidad de contar con procedimientos dinámicos que permitan satisfacer las demandas con la mayor premura posible. En estas condiciones, en nuestro país, desde las postrimerías de la declaración de emergencia sanitaria han sido dictadas disposiciones tendientes a regular los procedimientos

de selección por los cuales se encuadren necesidades suscitadas a raíz del impacto del COVID-19. En este entendimiento, los decretos de necesidad y urgencia 260/2020 y 287/2020, las decisiones administrativas 409/2020, 472/2020 y 812/2020, y la disp. 48/2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones [y sus modificatorias (1)] han establecido los alcances y contornos de las contrataciones por emergencia por el COVID-19 (2).

Aprovechando el espacio que brinda esta distinguida publicación, en esta oportunidad, intentaremos abordar los efectos de la pandemia (y de la normativa dictada a dichos efectos) respecto de las contrataciones públicas en trámite. Hemos optado por utilizar esta locución, a fin de englobar en el abordaje que pretendemos no solo a los contratos públicos que se encuentran perfeccionados o en curso de ejecución, sino también a aquellos que han sido encuadrados bajo los regímenes de contratación regulares sin que hayan sido perfeccionados. Aquí se engloban varios supuestos que merecen ser analizados, como p. ej., los procedimientos de

(1) Disposiciones ONC 53/2020 y 55/2020.

(2) FLORES, Álvaro B., "El coronavirus y su impacto en la contratación pública", publicado en el sitio web del Observatorio de Contrataciones Públicas de la Universidad Austral. Recuperado en <http://obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>; "La contratación pública frente a la emergencia sanitaria", Sup. Adm. 2020 (mayo), Ed. La Ley, ps. 1 y ss. (Cita Online: AR/DOC/1276/2020).

(\*) Abogado, escribano y procurador (UNLP). Premio Joaquín V. González al mejor promedio de su promoción (2009). Especialista en Derecho Administrativo y Contrataciones del Estado (UNLP/ECAE-PTN); docente de grado y posgrado (UNLP, Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Oficina Nacional de Contrataciones, UAI y UB).

selección que no hayan sido autorizados o aprobados para su convocatoria, los que se encuentren en la etapa de presentación de ofertas o de análisis de ofertas, o aquellos que se encuentren en la faz conclusiva del trámite (adjudicación, fracaso, etc.).

Respecto de los contratos que se encuentran en curso de ejecución, a modo de anticipo, corresponde señalar que las consecuencias y soluciones posibles serán divergentes en función del tipo de contrato que se trate, puesto a que (como veremos en los diversos puntos de este artículo) sus regímenes ofrecen respuestas que varían sensiblemente de un contrato a otro.

Asimismo, vale mencionar que, al momento de escribir estas líneas, a nivel nacional (3) no se ha previsto un esquema o tratamiento diferencial en relación con los contratos públicos en curso de ejecución. Las declaraciones de emergencia anteriores, propiciadas por motivos exclusivamente de origen económico-social, habían previsto regulaciones especiales para los contratos (no necesariamente públicos o administrativos) que se hallaban ejecutándose. En este sentido, las leyes 23.696, 25.344 y 25.561 y las regulaciones que aquellas previeron (4), son una clara demostración del tema que venimos abordando.

## II. La suspensión de plazos administrativos y la contratación pública

El denominado “Aislamiento Preventivo Social y Obligatorio” (APSO), instaurado a partir del decreto de necesidad y urgencia 297/2020 [sucesivamente prorrogado (5), para ciertas zonas del país, por los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, y 493/2020] implica una restricción en la libertad ambulatoria de las per-

(3) Hacemos esta distinción atenta a que, en la Provincia de Buenos Aires, la sanción de la ley 15.165 (que si bien es anterior a la irrupción del COVID-19) estipula un tratamiento para los contratos en curso de ejecución (arts. 4° a 6°).

(4) Para una completa síntesis de esta cuestión, ampliar en MURATORIO, Jorge, “Contratación pública y COVID-19”, en Rev. de Contrataciones Públicas, 3, IJ Editores, junio 2020 (IJ-CMXVIII-997).

(5) Estas prórrogas fueron las registradas hasta la primera semana de junio de 2020.

sonas y una prohibición en torno a la realización de diversas actividades económicas lícitas. Entre esas actividades o servicios, se encontraron las labores realizadas por el personal del Sector Público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires. Estas limitaciones, complementadas con las adaptaciones de los medios de transporte a la situación de pandemia (6) (cfr. limitaciones de frecuencia y ocupación), condujeron a la suspensión de los plazos en los procedimientos administrativos.

Conteste a lo descripto, el dec. 298/2020 (posteriormente prorrogado por los decs. 327/2020, 372/2020, 410/2020, 458/2020, 494/2020 y 521/2020) estableció la suspensión del curso de los plazos (7), dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (LNPA), por el Reglamento de Procedimientos Administrativos, dec. 1759/72, TO 2017 (RPA) y por otros procedimientos especiales.

En este entendimiento, al ser la contratación pública un procedimiento administrativo, y al ser aplicables las previsiones de la LNPA (cfr. art. 7° *in fine*), los procedimientos de selección en trámite se hallaban alcanzado por la suspensión de plazos declarada, hasta la aparición del dec. 521/2020.

Ahora bien, no obstante, lo expuesto, un análisis más profundo de la cuestión permite avizorar su interesante valor para la comprensión del tema que nos convoca. El punto de partida, desde nuestra óptica, debe situarse en el carácter de “procedimiento especial” que reviste, valga la redundancia, el procedimiento de selección. En virtud de esta connotación, las reglas del procedimiento administrativo le resultan aplicables a esta especie de procedimiento, aunque con ciertas modulaciones. Esto obedece a que no solamente se hallan en juego los intereses de los mal denominados administrados (oferentes, interesados, terceros autoexcluidos y la ciudadanía en general), sino que también, se persigue la satisfacción de una necesidad concreta la cual

(6) A modo de ejemplo, pueden citarse las resoluciones 71/2020, 89/2020, y 107/2020 del Ministerio de Transporte de la Nación.

(7) Al momento de escribir estas líneas, la prórroga se extendía hasta el 28 de junio de 2020.

repercute el cumplimiento de los postulados del bienestar general.

En este sentido, los principios generales del procedimiento se aplicarán en los diversos procedimientos de selección, junto con las directrices o reglas propias de aquellos (cfr. art. 3° del dec. delegado 1023/2001). En relación a ello, puede destacarse que el principio del informalismo o formalismo moderado queda de alguna forma atemperado a raíz de la exigencia del parámetro de la debida diligencia del participante o contratista **(8)**, el cual (inclusive) ha sido aplicado de tal manera que hasta ha dado lugar a decisiones reñidas con la noción de justicia **(9)**. En estos casos, la penetración del principio de igualdad y la relevancia del elemento forma **(10)**, al ser específicos y particulares en el ámbito de la contratación, relevan (en cierta forma) la aplicación directa de las reglas genéricas en materia de procedimiento. El cumplimiento de las necesidades en tiempo oportuno bajo parámetros de eficiencia y eficacia, junto con el deber de transparencia en la gestión de fondos públicos, refuerzan la idea de la especialidad del procedimiento de selección.

Es en este contexto donde debe situarse la incidencia de la suspensión de los plazos administrativos en los contratos públicos, y, sobre todo, en las excepciones que han previsto las diversas normas que determinaron la medida que venimos examinando. En esta inteligencia, los decretos a nivel nacional anteriormente citados han dispuesto que la suspensión de plazos será “sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan”. Esta solución se ha replicado, p. ej., en la provincia de Buenos Aires **(11)**.

De acuerdo con ello, es preciso desasnar los alcances de la locución transcrita. Así las cosas, la suspensión de plazos administrativos

(8) Fallos 311:2831 (1988); 319: 1681 (1996); 324:4199 (2001); 330:1649 (2007), entre otros.

(9) Fallos 324:3019 (2001).

(10) CANDA, Fabián, “El elemento forma en el contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado General de los Contratos Públicos, Ed. La Ley, 2013, t. II, ps. 1262 y ss.

(11) Conf. dec. 167/2020.

(desde la óptica de la contratación pública) operaría tanto en favor de los participantes del procedimiento de selección (p. ej.: no correrían los plazos para formular observaciones o interponer recursos) como de los funcionarios (respecto de estos últimos, a fin de ser relevados de responsabilidad por el incumplimiento de los términos procedimentales). Sin embargo, el transcurso del tiempo en la contratación pública (más precisamente en la duración del procedimiento de selección) se erige como un valladar contra su eficiencia **(12)**. Principalmente, el elemento que se ve más afectado es el valor estimado o de referencia de la contratación, a raíz de las oscilaciones de precios que se dan en nuestro país, producto del fenómeno endémico de la inflación. Esto puede dar lugar a que, entre otros supuestos, el precio oportunamente estimado (el cual sirve para determinar el tipo de procedimiento a seguir o encuadrar) quede desfasado o “histórico”, y no refleje el verdadero valor o precio de mercado **(13)** de las prestaciones requeridas. Esta situación también se propaga a las cotizaciones o propuestas presentadas, debido a que estas (al no ser representativas del costo de la prestación) no podrían satisfacer las necesidades comprometidas.

(12) Ampliar en FLORES, Álvaro B., “Breves reflexiones en torno al principio de eficiencia de la contratación pública”, publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, Ed. La Ley, 2020 (febrero), p. 2 (Cita Online: AR/DOC/208/2020).

(13) Según la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), “... el precio de mercado es el aquel valor estimativo/promedio al cual se arriba mediante una comparación o relevamiento de los distintos precios que se encuentran en plaza, del bien o servicio que se estima adquirir. Se trate, en definitiva, del precio representativo de plaza, vinculado directa o indirectamente con el principio general de la razonabilidad” (dictamen ONC 249/2015). Complementando esta idea, en el mismo precedente, el Órgano Rector destacó que “... Lo expresado no implica desconocer que el precio promedio que puede entenderse como “justo” para determinadas transacciones privadas, en un marco de libre juego de oferta y demanda, puede no ser el mismo o bien no tener un correlato directo en el ámbito de los contratos administrativos, dados los requisitos y exigencias formales que deben cumplimentar los interesados en ser proveedores del Estado, sumado al régimen exorbitante al que voluntariamente se someten, todo lo cual, va de suyo, tiende naturalmente a encarecer determinados precios frente a ciertas circunstancias (v.gr. plazo de mantenimiento de oferta, plazo de entrega, lugar de entrega, plazo de pago, etc.)”.

En el marco de esta problemática, deben distinguirse diferentes situaciones, de acuerdo al avance o progresión del procedimiento de selección. En este entendimiento, si no se ha celebrado el Acto de Apertura o de presentación de ofertas, es indispensable que el órgano contratante aclare en forma categórica y fehaciente la continuidad del procedimiento. En este sentido, a fin de despejar la razonable incertidumbre de los interesados, deberá indicar si se mantiene la fecha oportunamente establecida, o si, por el contrario, si esta queda suspendida, mediante la emisión de circulares. Este sería, según nuestro criterio, el escenario recomendable.

Ahora bien, que ocurriría si se celebra un Acto de Apertura o se celebra la presentación de ofertas en forma electrónica sin que haya existido circular alguna que aclare o corrobore la fecha fijada originariamente: ¿se aplica la excepción de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan? Aquí es donde adquieren relevancia ciertos valores o principios de la contratación pública, que podrían dar algunas respuestas al interrogante planteado. Como se hiciera referencia *ut supra*, la debida diligencia es un rasgo inherente para aquel que participe en un procedimiento de selección, lo cual implica (en estos casos) la realización de las consultas pertinentes en torno a la prosecución del trámite. Por ello, si los interesados no han elevado consulta alguna y el órgano contratante no aclara o confirma la fecha de la realización del Acto de Apertura o presentación de ofertas, no es clara la solución acerca de si le resulta aplicable la excepción a la suspensión de los plazos.

Debe recordarse la irrestricta vigencia del principio de buena fe en la contratación pública (14), el cual puede erigirse como un factor de atribución específico al momento de examinar una posible responsabilidad estatal (15).

(14) Fallos 311:970 (1988); 315:890 (1992); 316:382 (1993); 315:1299 (1992); 321:1888 (1998); 320:152 (1997); 319:469 (1996); 319:2037 (1996); 324:4199 (2001); 325:1787 (2002); 326:3135 (2003); 326: 2625 (2003); 326:2686 (2003); 327:5073 (2004); 329:3537 (2006); 330:1649 (2007); 331:816 (2008); 331:1186 (2008).

(15) Vid HUTCHINSON, Tomás, "La Responsabilidad Administrativa del Estado de origen Contractual", Rev. de Derecho Público, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, ps. 224 y ss.; FLORES, Álvaro B., "La Responsabilidad Contrac-

Es por ello que, si se configura el supuesto anteriormente descrito, se estaría en presencia de una tensión entre el deber de diligencia del interesado y la buena fe. Sin embargo, la transgresión a la buena fe en el procedimiento (sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder a los funcionarios): ¿haría inválido el procedimiento? Desde nuestra posición, si no se verifica una consulta del interesado, más allá de resultar una práctica no recomendable, entendemos que debería estarse al principio de la conservación de los actos administrativos (16), el cual tiene sus raíces en el art. 12 de la LNPA, siendo (en principio) válida la celebración del Acto de Apertura o de la presentación de ofertas.

Si el procedimiento de selección se encuentra en la etapa de análisis de ofertas, es posible colegir otros escenarios. Tal como se mencionará anteriormente, la suspensión relevaría (en principio) a los funcionarios del deber de proseguir con el trámite de la contratación, y, asimismo, generaría que los plazos procedimentales no corran en detrimento de los intereses de los oferentes. En este contexto, si se le notificase al oferente la intimación a subsanar la propuesta presentada, amén de la validez de la comunicación, a aquel no le correrían los plazos perentorios previstos en los Pliegos para cumplir con las deficiencias observadas. Por ello, la no presentación de las subsanaciones durante la suspensión de plazos no tendría consecuencia alguna para el oferente en términos procedimentales.

Siguiendo el razonamiento que venimos postulando, la realización de actos que impulsen el procedimiento de selección (los cuales gozarán de presunción de validez) tendrá virtualidad en la medida en que los oferentes muestren su voluntad de continuar con la prosecución de este (presentando las observaciones requeridas, manifestando su voluntad de no impugnar dictá-

tual del Estado a la luz de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Nuevo Código Civil y Comercial", publicado en el Suplemento de Obligaciones y Responsabilidad Civil, El Dial, en fecha 01/07/2016 (elDial DC2144); SEIJAS, Gabriela, "La responsabilidad precontractual de la administración pública", JA 2002-II-1359 (Cita Online: 0003/008733).

(16) PTN, Dictámenes 233:336; 234:156; 248:475; 262:187; 298:159 (aplicado en materia de contrataciones públicas).

menes, etc.). No debe olvidarse el principio de colaboración (17), el cual adquiere importantes connotaciones en el campo de la contratación pública. Por tal motivo, hasta el momento en el cual se decide la adjudicación, la dinámica del trámite dependerá de la actitud de los oferentes, ya que, si bien no existe óbice alguno para emitir los actos pertinentes para impulsar el trámite, esta posibilidad halla su límite en la tutela de los intereses, en este caso, de los oferentes. Por ello, si se emitiese el dictamen de preadjudicación y este fuere notificado a los oferentes, no obstante su validez, no surtiría efectos hasta el levantamiento de la suspensión de los plazos, lo cual generaría una virtual paralización del expediente.

Entendemos que la situación cambia si el procedimiento de selección se encuentra en condiciones de ser concluido. En esta inteligencia, si p. ej., se decide la adjudicación de una contratación, esta tendría plena validez, y por añadidura, principio de ejecución en virtud de las previsiones del art. 12 de la LNPA y de los arts. 5º y 6º del Anexo del dec. 1030/2016 (18). Aquí se daría una situación paradójica para los oferentes o interesados que quisieran impugnar el acto administrativo de adjudicación, ya que, por una parte, no le correrían los plazos para la deducción de los recursos administrativos, pero a su vez, el trámite continuaría pudiendo perfeccionarse, con las consecuencias que ello

(17) Conf. PTN, Dictámenes 251:557; Dictamen ONC IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.

(18) Art. 5º, Trámite de las Presentaciones. Toda denuncia, observación, impugnación, reclamo o presentación similar que se efectúe sobre las actuaciones, fuera de las previstas en el presente reglamento, podrá ser tramitada fuera del expediente del procedimiento de selección, y en principio no dará lugar a la suspensión de los trámites. Sin embargo, la jurisdicción o entidad contratante podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante decisión fundada, suspender el trámite por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. El trámite se realizará conforme con las disposiciones de la Ley 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias. Art. 6º. Recursos. Los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la ley 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias.

acarrearía (19). Por lo tanto, a los oferentes e interesados únicamente les quedaría como opción, a los efectos de lograr la suspensión de los efectos del acto (más allá de requerirla o no en sede administrativa) la promoción de una medida cautelar autónoma (si es en la esfera nacional, en los términos de la ley 26.854). Sin embargo, esto tampoco será una empresa fácil, ello en virtud de las restricciones al servicio de justicia debido al aislamiento preventivo social y obligatorio (20), debiendo solicitar la correspondiente habilitación, la cual hasta el momento ha tenido un criterio sumamente restrictivo, al menos en el fuero contencioso administrativo federal (21).

Más allá de las apreciaciones realizadas, el expediente electrónico (22) y los sistemas de con-

(19) No es ocioso recordar que, con el perfeccionamiento de la contratación, el contratista adjudicado adquiere y consolida un derecho de propiedad.

(20) Vid, PERRINO, Juan Pablo, "La actividad judicial en el contexto de la pandemia de COVID-19", recuperado en <https://abogados.com.ar/la-actividad-judicial-en-el-contexto-de-la-pandemia-de-covid-19/25876> (última consulta: 8 de junio de 2020).

(21) 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/ expropiación, 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 - PJN s/ amparo ley 16.986"; 06/04/2020, "Bingo Ramallo SA c. PEN - AFIP s/ medida cautelar (autónoma)", entre otros. En relación a habilitaciones de feria, puede consultarse "Martín, Mirta L. c. Estado Nacional - Ministerio de Transporte de la Nación s/ medida cautelar (autónoma)", del 24/04/2020 y "The Steakhouse SA s/ amparo ley 16.986", rec. queja nro. 1, del 29/04/2020.

(22) Ampliar en nuestro trabajo "Las transformaciones del expediente administrativo. El impacto de las TICs en los procesos administrativos", publicado en Rev. de Derecho Público, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, t. II, p. 215. En relación a sus efectos en las contrataciones por emergencia, ver DENI, Claudia, "Las contrataciones públicas frente a la emergencia en la salud pública. El rol del expediente electrónico", recuperado en el sitio web del Ob-

tratación electrónica (cfr. Comprar, Contratar, etc.) son elementos que contribuyen a dar dinamicidad a la contratación, máxime en tiempos donde reinan las restricciones ambulatorias. Por tal motivo, al no ser necesaria (cuando resultan de aplicación estos sistemas) la realización de los tradicionales Actos de Apertura (sustituídos por la presentación electrónica de ofertas), este aspecto no se erigiría como un justificativo para no continuar con el trámite de la contratación, máxime desde que el Sector de Seguros fue excepcionado de las medidas de aislamiento (23). Esta cuestión, eventualmente, podría haber sido invocada como una dificultad para constituir las pólizas de mantenimiento de ofertas.

En este entendimiento, aparece como razonable la excepción a la suspensión de plazos para las contrataciones tramitadas por el sistema Comprar, tal como lo estableciera recientemente el dec. 521/2020. Con relación a ello, la Oficina Nacional de Contrataciones mediante la Comunicación 12/2020 recomendó a las jurisdicciones del ámbito del art. 8º, inc. a) de la ley 24.156, a minimizar a lo estrictamente indispensable los actos materiales o presenciales que no puedan traducirse en operaciones virtuales en el sistema electrónico Comprar. Así las cosas, el Órgano Rector señala que se debe evitar, en la medida de lo posible, requerir la presentación de muestras, pudiendo reemplazar a dicho requerimiento por folletos de especificaciones técnicas o fotos de los bienes cotizados.

Otra recomendación que se establece, la cual guarda relación con lo sostenido *ut supra*, es la referida a la selección de aquellas formas de garantías que no requieran de un acto presencial por parte del oferente ante el organismo para su integración. Este aspecto va en sintonía con la instauración de las pólizas de seguro electrónicas (24), las cuales se encuentran admitidas

servatorio de Contrataciones Públicas de la Universidad Austral, <http://obcp.com.ar/opiniones/las-contrataciones-publicas-frente-la-emergencia-en-la-salud-publica-el-rol-del> (última consulta: 8 de junio de 2020).

(23) Cfr. Decisión Administrativa 810/2020.

(24) Cfr. Resolución 610/2018 de la Superintendencia de Seguros.

en las contrataciones de adquisición de bienes y servicios (25) y de obra pública (26).

En sintonía con lo expuesto, la ONC en el seno de la Comunicación citada, sugiere no incorporar como requisito para la presentación de ofertas las visitas a las instalaciones, reemplazando este requerimiento por especificaciones técnicas con mayor detalle, lo suficientemente precisas, pudiendo incluir fotos de los lugares o planos, para permitir a los oferentes determinar el objeto de la contratación y formular una adecuada cotización, aún sin efectuar una visita al lugar. Para los casos donde no sea posible evitar los actos materiales, el Órgano Rector estima que se deberán seguir en forma estricta las reglas de conducta generales y los protocolos que correspondan de conformidad con lo previsto en el dec. 520/2020.

Como contrapartida, en los casos donde no es de aplicación el expediente electrónico o algún sistema de contratación electrónica (p. ej.: los municipios de la provincia de Buenos Aires), la cuestión tiende a complejizarse, lo cual daría sustento a la necesidad de la suspensión de los plazos administrativos, pudiendo generarse los diversos supuestos analizados en los párrafos anteriores. Sin embargo, podrían ensayarse algunas soluciones, teniendo en cuenta los nocivos efectos de la suspensión en la oportuna satisfacción de las necesidades. Si los ordenamientos respectivos lo autorizan, y teniendo en consideración la complejidad y envergadura de la contratación, podría admitirse la presentación de ofertas por correo electrónico (27) (lo cual probablemente deba canalizarse mediante la emisión de una circular modificatoria). Así-

(25) Cfr. Disposición ONC 96/2019.

(26) Cfr. Disposición ONC 97/2019.

(27) Este mecanismo lo hemos recomendado para el ámbito de la contratación pública en los municipios de la provincia de Buenos Aires (ref. FLORES, Álvaro B., "Las contrataciones por emergencia en el ámbito municipal bonaerense", publicado en el Centro de Información Jurídica [CIJUR] del Ministerio Público, recuperado en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14893>. Última consulta: 8 de junio de 2020). Asimismo, la doctrina del Honorable Tribunal de Cuentas de las Provincia de Buenos Aires se ha expedido a favor de esta modalidad (Expediente 4091-7235-2016-0-0. Disponible en el buscador de doctrina del HTC (<https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina>)).

mismo, en aras de compatibilizar las exigencias del aislamiento social con la continuidad de la contratación, podrían estipularse la restricción de la participación *in situ* de los interesados y oferentes en el Acto de Apertura, siempre que se garantice la transmisión en vivo del acto y se asegure la posibilidad de realizar observaciones por parte de los interesados. A tales efectos, una circular modificatoria, o la emisión de un acto administrativo general sobre la cuestión, podrían ser las herramientas para canalizar esta cuestión.

La suspensión de los plazos se mantiene, al menos durante el período señalado en el dec. 521/2020, para las contrataciones que tramiten por el sistema Contratar, en las cuales se canalizan los contratos de obra pública nacional.

Vale mencionar que también existen otras soluciones, que conllevan a dotar de mayores certezas a los interesados y contribuyen a la eficiencia de la contratación. Las normas que han determinado la suspensión de los plazos, estipulan la posibilidad de declarar la excepción al régimen de suspensión de plazos a una o varios procedimientos de selección en particular. En relación a ello, por el principio del paralelismo de las competencias, la autoridad competente para autorizar o aprobar el llamado a licitación podrá establecer podrá disponer el levantamiento de la suspensión de los plazos para una determinada contratación (28). La misma lógica también resultaría aplicable para las contrataciones que se encuentran en trámite, independientemente de que se haya realizado o no el Acto de Apertura o presentación de ofertas.

Finalmente, corresponde indicar que la prolongación *sine die* de la suspensión de plazos tiene un impacto profundo en el derecho a una buena administración o gobernanza (29), lo cual refuerza la idea de buscar soluciones que impulsen la continuidad de los trámites.

(28) Esta solución fue ensayada, p. ej., en la resolución 394/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires (BO 01/06/2020).

(29) Vid, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “¿Salud Pública c. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado sanitario y administrativo de excepción”, LA LEY 25/05/2020, ps. 2 y ss. (Cita Online: AR/DOC/1639/2020).

### III. Los contratos de adquisición de bienes y servicios en curso de ejecución

En relación a este tipo de contrato corresponde aclarar, en primer término, que a aquellos no les resultaran aplicables las disposiciones inherentes a precios máximos (30), las cuales son de aplicación únicamente a las contrataciones por emergencia en el marco del COVID-19.

Encontrándose zanjada esta cuestión, para analizar el impacto de la pandemia en estas contrataciones, es necesario abordar la temática en relación a la progresión del procedimiento de selección. En sintonía con lo desarrollado en el punto anterior, la suspensión de plazos también se extiende a los hitos que preceden al perfeccionamiento del contrato. En este entendimiento, la suspensión declarada alcanzaría al plazo estipulado en el art. 75 del Anexo del dec. 1030/2016, el cual prevé que la notificación de la orden de compra se realizará dentro de los diez días hábiles de la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación. Esta situación generaría que, el adjudicatario, no pueda hacer uso (mientras se extienda la suspensión de los plazos) de las previsiones del último párrafo del art. 75 citado, el cual prevé que aquel podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones.

Según se indicara anteriormente, el transcurso del tiempo y la paralización de los trámites opera en contra de la eficiencia de la contratación, y en los intereses del adjudicatario, fundamentalmente, debido al potencial encarecimiento de las prestaciones. Por lo tanto, si se entendiese que la figura de la renegociación del contrato únicamente es aplicable a aquellos que hayan sido perfeccionados, la contratación adjudicada difícilmente pueda resultar perfeccionada. Desde la óptica del adjudicatario, el problema es mayor, debido a que (al hallarse suspendido los plazos) *a priori*, no estaría exento de la aplicación de penalidades y sanciones si se niega a recibir la orden de compra. Entendemos que esta coyuntura puede dar lugar a si-

(30) Sobre este tema, ampliar en FLORES, Álvaro B., “Precios máximos, razonabilidad de precios y contratación publicarse”, publicado en Boletín informativo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 30/04/2020 (cita online RC D 1670/2020).

tuaciones injustas, las cuales podrían sortearse si se opta por relevar de la aplicación de multas o sanciones por este tipo de acontecimientos, debido a que, en estos casos, la pandemia podría quedar asimilada a un caso fortuito o fuerza mayor, tema sobre el cual regresaremos a la brevedad.

Si la contratación se encuentra perfeccionada, es decir, si se ha registrado la notificación de la orden de compra al adjudicatario, pueden configurarse una diversa gama de escenarios, los cuales iremos abordando a continuación. Como denominador común, resultará indispensable examinar de qué manera impacta en una contratación en particular, las diversas medidas dictadas por el Estado nacional, provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires de conformidad con los lineamientos de los decretos de necesidad y urgencia 260/2020 y 297/2020. Por otra parte, también es dable formular el interrogante acerca de si la suspensión de los plazos administrativos se extiende a la ejecución de los contratos. Al momento de entregar este trabajo, no se había emitido ninguna aclaración al respecto.

En estos términos, si las prestaciones no se hayan afectadas por las prohibiciones emitidas a raíz de la normativa de emergencia, no existiría óbice alguno para dar cumplimiento con el objeto contractual. Si, por el contrario, las diversas restricciones ocasionan una distorsión en los términos del cumplimiento del contrato, es aquí donde deben examinarse en qué grado impactan en la contratación. Por tal motivo, a *prima facie*, no es posible establecer una solución genérica u omnicomprendensiva para cualquier supuesto. Desde esta perspectiva, la pandemia no necesariamente será (en todos los supuestos) un caso fortuito o fuerza mayor, en los términos del art. 1730 del Cód. Civ. y Com. (31) y de la normativa en materia de contrataciones (p. ej.: art. 13, inc. c] del decreto delegado 1023/2001).

En relación a ello, corresponde señalar que la jurisprudencia de la CS (en un antiguo precedente) estimó que una epidemia quedaba asi-

(31) Respecto de esta temática, ver LÓPEZ MESA, Marcelo, "Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código", LA LEY 2015-C, 933.

milada a un supuesto de fuerza mayor, cuando esta ocasionaba obstáculos insuperables para el hombre (32), sin dejar de reconocer, las dificultades que puedan generarse ante este tipo de sucesos. Esta apreciación pareciera traslucir que, si la pandemia (o, mejor dicho, sus efectos) no supera el umbral de la mera dificultad (33), no podría ser invocado el caso fortuito o fuerza mayor para justificar el incumplimiento de las obligaciones oportunamente asumidas. Vale recordar que, el art. 955 del Cód. Civ. y Com. estipula que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad, siempre que no haya sido ocasionada por el deudor (aspecto que, desde ya, no se configuraría en el contexto de la emergencia). A una solución similar arriba el art. 956, al señalar que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

En cualquier supuesto, la invocación del caso fortuito o fuerza mayor (34) estará vinculado con la debida diligencia del contratista, y, sobre todo, con la acreditación del carácter sobreviniente del hecho invocado (35). Conforme a lo expuesto, el contratista deberá cumplir con las formalidades requeridas por los diversos ordenamientos de contrataciones (p. ej., art. 94 del Anexo del dec. 1030/2016), a los efectos de invocar el caso fortuito o fuerza mayor.

(32) Fallos 11:446 (1872).

(33) Sobre esta cuestión, ampliar en CALVO COSTA, Carlos, "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", LA LEY 28/04/2020, ps. 1 y ss.

(34) Acerca de sus efectos en el marco del COVID-19, ampliar en RIVERA, Julio C., "Los contratos frente a la pandemia", LA LEY 22/04/2020, ps. 8 y ss.

(35) Dictamen ONC 32/2015. En este precedente, el Órgano Rector entendió que no correspondía hacer lugar al planteo de caso fortuito deducido por un contratista (respecto de la incidencia de las Declaraciones Juradas de Anticipadas de Importación (DJAI en un contrato en curso de ejecución), atento a que, quien resultó a la postre como contratista, tenía conocimiento del sistema que por ese entonces se encontraba vigente en el ámbito de la AFIP.

En este orden de ideas, el caso fortuito o fuerza mayor no solamente podrá ser invocado para eximirse del cumplimiento de la obligación comprometida, debido a que, también tendrá aplicación a los efectos de evitar la aplicación de penalidades. De acuerdo con ello, si las circunstancias son comunicadas al ente contratante en los términos establecidos por el régimen de contrataciones pertinente, no cabría la aplicación de penalidades (y por añadidura de sanciones) al contratista. En este caso, por el principio de continuidad del contrato, se estarían admitiendo el cumplimiento de la prestación (fuera del plazo previsto en el plexo normativo de la contratación), y por las circunstancias imperantes (en una clara aplicación del principio de buena fe) resulta razonable omitir la aplicación del régimen sancionatorio. Las limitaciones o restricciones al transporte y las referidas al ejercicio de industrias lícitas, han podido ocasionar una imposibilidad temporal del cumplimiento de obligaciones, lo cual implica que, según nuestra perspectiva, si aquellas resultaron sobrevinientes no correspondería la imposición de multas.

Es importante recordar que, el instituto que venimos analizando, no podrá ser invocado si el contratista se hallaba en mora (cfr. art. 1733, inc. c), Cód. Civ. y Com.) al momento de sobrevenir el caso fortuito denunciado. Por tal motivo, será importante determinar la fecha en la cual se generaron los acontecimientos que impidieron cumplir con las prestaciones. A raíz de ello, se abre el interrogante acerca de si los efectos son considerados a partir de la publicación y vigencia de los DNU 260/2020 y 297/2020, a partir de los cuales, se apuntó la emergencia sanitaria para combatir el COVID-19.

Ahora bien, el hecho de no encuadrar (en todos los supuestos) en un caso fortuito o fuerza mayor, no implica que la pandemia (y los actos gubernamentales dictado por su irrupción) no se adecuen a otros institutos de la teoría general de los contratos. De este modo, no existe duda alguna, respecto a que la situación generada por el COVID-19 se erige como un imprevisto en la economía de los contratos (36), el cual po-

drá asimilarse a un supuesto que enmarca en la teoría de la imprevisión. Es indiscutible que los efectos de la pandemia representan un acontecimiento extraordinario e imprevisible, y como lo señaló la CS en la causa “Fernández de Kirchner”, de una inaudita y acuciante excepcionalidad (37).

La teoría de la imprevisión, en el ámbito de la contratación pública, haya sustento normativo en el juego armónico del art. 13, inc. a) del decreto delegado 1023/2001 y el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., y su reconocimiento (al menos desde lo teórico) ha sido unánime en cualquier ámbito. El principal efecto de la admisión de este instituto será la recomposición del contrato, la cual exclusivamente se extenderá a cubrir los costos (y no la ganancia) que irrogue sostener el cumplimiento de las prestaciones, claro está, si es que ello resulta posible. Resulta aplicable, el tan renombrado principio del “sacrificio compartido” (38). Sobre esta cuestión la ONC ha señalado que bajo el principio del sacrificio compartido resulta contrario al principio de equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno solo de los cocontratantes (39).

(37) CSJ 353/2020/CS1 “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, del 24/04/2020 (consid. 10).

(38) Esta alusión podría emparentarse (si se quiere) con la doctrina del “esfuerzo compartido” establecida por la CS al momento de tratar los casos que se suscitaban con posterioridad a la crisis de 2001 [Conf. Fallos 338:349 (2015); 330:2345 (2007); 332:1152 (2009); 332:1082 (2009); 332:363 (2009); 332:377 (2009); 331:2006 (2008); 330:4001 (2007); 330:855 (2007)]. En los términos de la ONC, “El principio del sacrificio compartido contiene una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno solo de los cocontratantes. Así, en materia de contrataciones públicas la doctrina del sacrificio compartido se desprende del porcentaje de aumento que debe soportar el contratista de obra pública, regulado en el art. 2º del dec. 1295/2002” (Conf. Dictamen ONC 36/2014).

(39) Dictámenes ONC 1048/12, 1049/12, 1050/12, 1051/12, 176/13, 446/13, 36/2014, 74/2014, 453/2014. Asimismo, ver FLORES, Álvaro B., “Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios”, publicado en la Rev.

(36) Sobre esta temática, ampliar en MURATORIO, Jorge, “Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública”, publicado en Rev. de Contrataciones Públicas, 1, IJ Editores, julio 2019, cita: IJ-DCCL-991.

Es importante recordar que la imprevisión únicamente podría ser invocada luego del perfeccionamiento contractual (40), no obstante, sus razonables críticas (41), lo cual obliga a considerar en el análisis el momento en el cual se notificó la orden de compra y el hito a partir del cual se dispara el acontecimiento extraordinario e imprevisto. Aquí nuevamente aparece la inquietud acerca de si, la aparición de la normativa de emergencia sanitaria es el hecho generador de la imprevisión; de seguirse esta tesis, los contratos perfeccionados con posterioridad a la vigencia de aquellas normas (p. ej.: DNU 260/2020, 297/2020 y sus modificatorios y complementarios) no podrían invocar esta teoría, debido a que, a todo evento hubieran evitado avanzar con su perfeccionamiento.

En un sentido análogo, los contratos de la naturaleza que venimos analizando son susceptibles de ser renegociados (conf. art. 96 del Anexo del dec. 1030/2016), al configurarse circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. Si bien puede asemejarse con el instituto de la teoría de la imprevisión, la renegociación del contrato (al menos en las renegociaciones del período 2018/2019) no se circunscribieron al sacrificio compartido (42), con lo cual, podría corresponder (de ser debidamente probado) un reconocimiento superior para el contratista.

Las medias de carácter general emitidas por el Estado nacional (ref. la diversa gama de decretos de necesidad y urgencia), si decantan en la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones de un contrato celebrado en la órbita del Sector Público Nacional, configuran un clá-

de Contrataciones Públicas, 2, IJ Editores, diciembre 2019 (IJ-CMIX-439).

(40) Fallos 316:729 (1993); 319:1681 (1996).

(41) Vid, COVIELLO, Pedro J. J., "El caso 'Tecnobra': Un fallo con interesantes planteos", LA LEY 1993-E, ps. 486 y ss.

(42) Cfr. Resoluciones 475/2018, 11/2019, 18/2019, 142/2019 (entre otras) de la Secretaría de Gobierno de Modernización; Dictamen ONC IF-2018-36112045-APN-ONC#MM; Dictamen ONC IF-2018-63947263-APN-ONC#JGM; Dictamen ONC IF-2019-03867563-APN-ONC#JGM.

sico "hecho del príncipe" (43). Eso generaría, al menos desde el punto de vista teórico, un típico supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita. Sin embargo, si se efectúa un análisis de la jurisprudencia de la CS (44) en relación a la procedencia de la responsabilidad estatal originada por el dictado de normas de emergencia, su reconocimiento sería de carácter excepcional (45), lo cual ubica a los contratistas en una posición sumamente vulnerable.

Debe destacarse que, en virtud de nuestra forma de Estado federal, es posible que ciertos actos o decisiones en la órbita provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tengan incidencia en la ejecución de contratos públicos, máxime en tiempos de pandemia. Adunando a ello, la normativa de emergencia sanitaria nacional (46) ha previsto que las provincias, municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicten las normas correspondientes a los efectos de implementar las medidas de emergencia, en lo que puede denominarse como un "federalismo de emergencia" (47).

(43) En referencia a esta temática, ver HERRERA de VILLAVICENCIO, Blanca, "Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión", en AA.VV. Derechos, garantías y potestades en los Contratos Públicos, Ediciones RAP, 2013, ps. 327 y ss.; RENELLA, María P., "Hecho del Príncipe, Teoría de la Imprevisión y Fuerza Mayor", en AA.VV. Cuestiones de Contratos Administrativos, en homenaje a Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2007, ps. 253 y ss.

(44) CS, Fallos 320:955 (1997).

(45) Ampliar en YLARRI, Juan S., "La responsabilidad del Estado por su actividad normativa de emergencia, con especial referencia a los Decretos de Necesidad y Urgencia." Rev. de Derecho de Daños, 2018-II (Responsabilidad del Estado), Ed. Rubinzal-Culzoni.

(46) El art. 10 del DNU 297/2020 dispone lo siguiente: "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. Invítase al Poder Legislativo Nacional y al Poder Judicial de la Nación, en el ámbito de sus competencias, a adherir al presente decreto.

(47) En referencia a esta problemática, ver PULVIRENTI, Orlando, "El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia", LA LEY 25/05/2020, ps. 11 y ss.

Sin entrar a analizar la naturaleza de los actos realizados en virtud del art. 128 de la CN (48), si aquellas decisiones acarrear consecuencias en la ejecución de contratos del Sector Público Nacional, estaremos en presencia de un supuesto de “teoría de la imprevisión”.

Además de los mecanismos ya mencionados, los entes contratantes (en el afán de preservar el contrato) pueden recurrir a la aplicación de las potestades emergentes del régimen exorbitante, que como se sabe, es inherente a todo contrato administrativo. En este entendimiento, la coyuntura generada a raíz del COVID-19, permitiría brindar el sustento necesario para el andamiaje de aquellas potestades, las cuales (en cualquier supuesto) deben ser ejercidas bajo el respeto de los postulados del interés público (49). De acuerdo a lo expuesto, tal como lo hemos sostenido recientemente (50), no hay impedimento alguno para que el Ente contratante disponga la suspensión de la contratación, o inclusive, modifique los términos de la contratación, pudiendo darse la reconversión (51) o novación (52) del contrato, o estipular su recomposición (53). Estas posibilidades, dentro del régimen de contrataciones de la Administración nacional, se asientan en el art. 12, inc. b) del decreto delegado 1023/2001 y son medidas que hacen al principio de conservación del contrato, el cual se encuentra previsto en el art. 1061 del Cód. Civ. y Com.

(48) Art. 128. Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

(49) Fallos 312:84 (1989).

(50) FLORES, Álvaro B. “La contratación pública frente a la emergencia sanitaria”, Sup. Adm. 2020 (mayo), Ed. La Ley, ps. 1 y ss. (Cita Online: AR/DOC/1276/2020).

(51) DROMI, Roberto, “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

(52) SERRANO, Marcos, “Contratación pública en situación de emergencia: Novación del contrato y beneficio compartido”, Rubinzal Culzoni Online (Cita RC D 1728/2020).

(53) CASSAGNE, Ezequiel, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19”, LA LEY 02/06/2020, ps. 1 y ss.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado (p. ej.: España), la suspensión del contrato no implica que el ente licitante efectúe desembolso dinerario alguno, debido a que, el pago correspondiente está supeditado al cumplimiento de la prestación (entrega del bien; prestación efectiva del servicio) conforme a la normativa vigente (54). Teniendo en cuenta el agravamiento de la situación sanitaria, el Real dec.-ley 8/2020 de España estableció la suspensión de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva (55) (art. 34), contemplando que la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el período de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista (56).

En consecuencia, si se quisiera ensayar una solución que tutele la economía del contrato a favor del contratista, debería dictarse una nor-

(54) Conf. arts. 83 a 92 del Anexo del dec. 1030/2016.

(55) No serán suspendidos las siguientes contrataciones: a) Aquellos cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos. c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte. d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

(56) Según la norma, los rubros que ingresan dentro del posible resarcimiento son: 1. Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión. 2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato. 3. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al período de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato. 4. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

ma especial que regule tal cuestión, la cual sería una clásica herramienta de fomento (57).

#### IV. La situación de la obra pública

Las medidas de aislamiento dictadas por Poder Ejecutivo Nacional incluyeron, desde sus alcances, dentro de sus excepciones al “personal afectado a obra pública” (conf. art. 6º, inc. 10 del DNU 297/2020). Por lo tanto, *a priori*, los contratos que impliquen la ejecución de una obra pública no deberían haber experimentado inconvenientes para su prosecución. Sin embargo, esta solución no ha sido tan lineal.

En primer lugar, cabe señalar que, al no realizarse distinción alguna, no solamente se incluyen los contratos de obra pública propiamente dichos (es decir, los regidos por la ley 13.064 y/o por la normativa local), sino que se incluyen a aquellas contrataciones que materialicen una “obra pública”, independientemente del régimen jurídico aplicable. Es aquí donde cobra actualidad la comprensión de la distinción entre “obra pública” y “contrato de obra pública”, la cual fuera abordada con suma lucidez por la doctrina (58). Sin embargo, esta cuestión pareciera no haber sido lo suficientemente analizada por los diversos operadores, debido a que (p. ej.) fue necesaria la emisión de la decisión administrativa 810/2020 para determinar que se encontraban comprendidos en las excepciones del aislamiento la actividad y servicio de mantenimiento y reparación de material rodante ferroviario, embarcaciones, buques y aeronaves, los cuales constituyen (por la naturaleza de sus obligaciones) contratos de obra (59), y que por añadidura, pueden constituir una obra pública, más allá del régimen contractual aplicable.

(57) Ampliar en, FLORES, Álvaro B., “Aproximaciones acerca de la Actividad de Fomento”, publicado en Rev. Argentina de Derecho Público, 4, Ed. IJ Editores, marzo de 2019 (IJ-DVC-34).

(58) Por todos, ver GORDILLO, Agustín, “Obra Pública y Contrato de Obra Pública”, en Marchas y contramarchas del derecho y la economía, 2013, sección VI, ps. 823 y ss.

(59) Ampliar en FLORES, Álvaro, “Los contratos públicos de obra sobre bienes muebles” publicado en Rev. de Contrataciones Públicas, 3, IJ Editores, junio 2020 (IJ-CMXVIII-535).

Sentada esta cuestión, con acierto, se ha señalado que pese a la permisión expresa que admitiría seguir adelante en plena cuarentena con la ejecución de los contratos, lo cierto es que muchas obras se encuentran paralizadas de hecho, pues previo a la declaración de emergencia sanitaria ya estaban en crisis en su cadena de pagos y financiación, y por atrasos de pago por parte del Estado, lo que se agravó recientemente, o se enfrentan a restricciones materiales para su ejecución a partir de la situación generada, a partir de la declaración de la suspensión general de las actividades económicas (60).

Por la naturaleza misma de la obra pública, la cual se caracteriza por tener un efecto multiplicador en la actividad económica, su consecución se encuentra vinculada a diversas actividades conexas. Por más de que esté disponible la mano de obra, sin los insumos correspondientes (los cuales forman parte del plexo normativo de la contratación) resultará difícil avanzar con la ejecución de la obra, y, por ende, cumplir en el plazo fijado con los trabajos. A raíz de ello, es dable señalar que recién a través de la decisión administrativa 450/2020 (BO 03/04/2020) se consideró como exceptuada a la venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones.

En el sentido que venimos describiendo, la incidencia de los efectos de la pandemia (y de las distintas decisiones gubernamentales) pueden dar lugar a institutos tales como la paralización o suspensión de los trabajos (61). Asimismo, y esto no es fruto exclusivo de la emergencia sanitaria, es proclive a que en estas instancias se invoquen razones presupuestarias (conf. art. 34 del Anexo del dec. 1344/2007) para discontinuar (o técnicamente diferir) los pagos de las

(60) TATE, Mariano, “La situación de las obras públicas a raíz del COVID-19”, recuperado en <https://abogados.com.ar/la-situacion-de-las-obras-publicas-a-raiz-del-covid-19/25831>, del día 7 de mayo de 2020 (última consulta, 8 de junio de 2020).

(61) Ampliar en BARRA, Rodolfo, “Los institutos de la paralización y suspensión de la obra pública”, ED, 71-737; LICO, Miguel, “Breve estudio sobre la suspensión en la ejecución del contrato de obra pública. Su naturaleza instrumental, finalidades, requisitos tipificantes y efectos indemnizatorios”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo, del 29/05/2013, ps. 3 y ss. (Cita Online: AR/DOC/5455/2013).

certificaciones, causando perniciosos efectos en la contratación. Este aspecto, también se replica en las contrataciones de bienes y servicios.

A diferencia de lo que acontece con otros contratos administrativos, el régimen del contrato de obra pública establece que el caso fortuito o fuerza mayor, es un riesgo asumido por el Estado (62). Por lo tanto, la pandemia en sí (por ser un acontecimiento natural) y los actos que se emitieron en consecuencia por el Poder Ejecutivo Nacional podrían ser generadores de indemnizaciones a favor del contratista.

### V. Concesiones de obra y servicios públicos

Las contrataciones encorsetadas bajo esquemas concesionales, por las razones que seguidamente examinaremos, se han visto afectadas por las consecuencias del COVID-19, y de las medidas dictadas desde las diversas esferas de poder. Estos tipos contractuales tienen como nota característica que los efectos de la contratación no se circunscriben a la relación concedente-concesionario (o a aquellos que detenten un título habilitante), sino que estos se propagan hacia terceros. Es allí donde la figura del usuario [la cual tiene expresa acogida constitucional (63)] adquiere una dimensión particular, más allá de que sus relaciones con el concesionario (o de quien ejerza el título habilitante) se rijan por las reglas del derecho del consumidor.

(62) Art. 39. El contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la administración pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) Los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. Para tener derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo, el contratista deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos y en las condiciones que determinen los pliegos especiales de cada obra. En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato.

(63) Cfr. art. 42 de la CN.

En virtud de ello, los nocivos efectos económicos de la pandemia, sumados a la recesión económica padecida por nuestro país a partir del año 2018, condujeron a acentuar la vulnerabilidad de ciertos sectores, incluyendo a una gran masa de usuarios, de diversos servicios públicos.

A raíz de esta situación, es posible explicar la aparición del DNU 311/2020 por la cual se dispuso la suspensión o el corte de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, por el plazo de 180 días corridos, a una extensa gama de usuarios (64).

Más allá del cometido tuitivo de la norma, su puesta en práctica genera algunas inquietudes. En primer lugar, pueden suscitarse dudas en torno a los alcances del decreto, en relación a si abarca exclusivamente a los servicios públicos bajo jurisdicción federal. Entendemos que esta sería la interpretación correcta, no obstante, el

(64) La norma extiende sus efectos a los siguientes usuarios: a. Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación por Embarazo. b. Beneficiarios y beneficiarias de Pensiones no Contributivas que perciban ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. c. Usuarios inscriptos y usuarias inscriptas en el Régimen de Monotributo Social. d. Jubilados y jubiladas; pensionadas y pensionados; y trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos [2] Salarios Mínimos Vitales y Móviles. e. Trabajadores monotributistas inscriptos y trabajadoras monotributistas inscriptas en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. f. Usuarios y usuarias que perciben seguro de desempleo. g. Electrodependientes, beneficiarios de la ley 27.351. h. Usuarios incorporados y usuarias incorporadas en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (ley 26.844). i. Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza. j. las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPyMES), conforme lo dispuesto por la ley 25.300 afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación. k. las Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación. l. las instituciones de salud, públicas y privadas afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación. m. las Entidades de Bien Público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria.

silencio que guarda la normativa, puesto a que (por regla) los servicios públicos son locales, salvo decisión expresa del Congreso o interjurisdiccionalidad (conf. art. 75, inc. 13 de la CN). Asimismo, esta idea se sustenta en las previsiones del art. 9º del DNU en el cual se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir al decreto.

En este sentido, la suspensión de la interrupción de los servicios prestados por falta de pago de los usuarios estará supeditada. Es dable advertir una omisión, atento a que, muchos servicios públicos son municipales, y que, si se efectúa una interpretación estricta y literal verdaría (en el marco de esta normativa) a los municipios establecer la franquicia que venimos examinando. Más allá de esta imposibilidad, ciertamente, los municipios (en su condición de concedentes) podrían disponer de medidas de similar calibre, sin perjuicio de los mecanismos que puedan preverse con posterioridad para recomponer la economía del contrato.

El otro aspecto soslayado en el decreto antes mencionado, es el referido al impacto de las medidas dispuestas en la ecuación económico-financiera de los contratos en los cuales se canalizan los servicios públicos (v.gr., Concesiones, licencias). Debe recordarse que el Estado no puede privarle al contratista la utilidad convenida, la cual debe ser inexorablemente justa y razonable. Conteste a ello, el contratante presta su colaboración a la Administración pública, determinado por la utilidad razonable calculada, en contraprestación por sus servicios, su actividad, o los bienes que ha puesto a disposición de ella (65).

(65) BERCAITZ, Miguel, "Teoría General del Contrato Administrativo", Ed. Depalma, 1980, 2ª ed., p. 437.

De conformidad a lo expuesto, la suspensión de la interrupción de los servicios por la falta o discontinuidad del pago de la tarifa (mediante la cual se canaliza la tasa de retorno del prestador del servicio), por impactar en la ecuación económico-financiera del contrato, generaría la necesidad de recomponer el contrato, indemnizándose por tales perjuicios al concesionario o licenciatario (66). Por la coyuntura que motivó la decisión de suspender las interrupciones de los servicios, las cuales quedan podrían asimilarse a la teoría de la imprevisión (más allá de canalizarse bajo una norma jurídica específica), el alcance de una eventual indemnización deberá calcularse bajo el prisma del sacrificio compartido. Los ruinosos efectos económicos de la pandemia implican la necesidad de efectuar esfuerzos mancomunados entre todos los sectores de la sociedad, y por ello, esta situación no debe escapar a las relaciones que se den en el marco de contratos que tengan como objeto la prestación de servicios públicos.

Por su parte, a fin de dotar de efectividad las medidas de aislamiento (fundamentalmente para desalentar el uso del transporte público, más allá de las restricciones efectuadas), se dispuso la suspensión del pago de los peajes para los Contratos de Concesión de Obra Pública y de Participación Público Privada mediante las resoluciones 98/2020, 122/2020, 189/2020, 214/2020 y 276/2020 de la Dirección Nacional de Vialidad. Al respecto, al no preverse hasta el momento solución alguna, entendemos que resultan de aplicación las apreciaciones ensayadas para las contrataciones de servicio público.

(66) En un sentido análogo, ver CASSAGNE, Ezequiel "El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19", LA LEY 02/06/2020, ps. 1 y ss.

# COVID-19 y ampliación de atribuciones en materia presupuestaria del jefe de Gabinete

María Cristina Girotti (\*)

**Sumario:** I. Las competencias presupuestarias en la Constitución Nacional.— II. La Ley de Administración Financiera.— III. Los argumentos.— IV. Algunos problemas constitucionales.

## I. Introducción

Recientemente y con motivo de la pandemia por COVID-19, el PE dictó el *DNU 457/2020* que modifica uno de los límites que la *Ley de Administración Financiera* (art. 37, LAF) le impone al jefe de Gabinete respecto a la ejecución presupuestaria.

Se lee en sus considerandos:

“Que con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia.

“Que por el dec. 260 del 12 de marzo de 2020 en la Argentina se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, por el plazo de un [1] año en virtud de la pandemia declarada.

“Que por el dec. 297 de 2020 y sus prórrogas nuestro país desplegó medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio con el objeto de controlar el impacto de la epidemia en todo el territorio nacional...”

Basado en ese decreto modificó numerosas partidas mediante *decisión administrativa 997/2020*, entre otras.

(\*) Profesora titular int. de Teoría y Derecho Constitucional, FSOC, profesora adjunta reg., F. de Dcho., FCE y FSOC-UBA.

La relación entre poderes en cuestiones presupuestarias de cierta semejanza ya fue discutida en el Congreso en, al menos, dos oportunidades:

Una, con Menen, cuando la sanción del presupuesto 1998. En esa oportunidad, se aprobó el presupuesto por ley 25.064 y el Poder Ejecutivo vetó dos partidas incorporadas por el Poder Legislativo. El Congreso insistió con los dos tercios reglamentario. Publicado en el Boletín Oficial, Menen dicta el DNU 455/1999 anulando esas partidas. Fue un gran escándalo: cortes de calles, demandas varias, etc. Finalmente, el Congreso anuló lo resuelto por el decreto y modifica parcialmente el presupuesto de conformidad con acuerdos políticos logrados por ley 25.107.

La segunda, en 2006: un proyecto de ley que propone la modificación del art. 37 de la Ley de Administración Financiera otorgándole al jefe de Gabinete la competencia permanente de modificar sin topes las partidas presupuestarias aprobadas conforme a la Constitución Nacional. También se argumentó la emergencia económica entonces vigente por ley 25.561. Se debatió intensamente en el Congreso de la Nación y en la opinión pública. La mayoría oficialista consiguió los votos suficientes y el proyecto se convirtió en ley 26.124.

Ahora, se vuelve sobre el tema mediante un decreto de necesidad y urgencia.

## II. Las competencias presupuestarias en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional pone en cabeza del Congreso la facultad de fijar el presupuesto:

“Art. 75. Corresponde al Congreso: ... inc. 8º. ‘Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desecharla cuenta de inversión’”.

Por otro lado, le corresponde al Poder Ejecutivo, en cabeza del jefe de Gabinete, elaborar y enviar el proyecto de Ley de Presupuesto y, luego, ejecutar la Ley de Presupuesto aprobada (art. 100, incs. 1º, 6º y 7º, CN) mientras que el presidente de la República supervisa el ejercicio de estas competencias administrativas (art. 99, inc. 10, CN) (1).

Generalmente y de manera muy esquemática se identifican cuatro etapas:

- Corresponde al Congreso *fijar* el presupuesto nacional (2ª etapa) y convalidar la ejecución realizada por el Poder Ejecutivo mediante la aprobación de las cuentas de inversión (4ª etapa).

- Corresponde al Poder Ejecutivo remitir al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto (1ª etapa) y ejecutar la distribución administrativa del presupuesto aprobado y supervisar su ejecución (3ª etapa).

## III. La Ley de Administración Financiera

A nivel legal, la normativa ha cambiado en el tiempo. Veamos una pequeña reseña a fin de comenzar el análisis del tema específico.

III.1. El art. 37, LAF texto 1992 decía:

*“La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarias durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”.*

Entendemos que, salvo afectación del total del monto o incremento de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o financiero, la ley delega genéricamente la posibilidad de reestructurar partidas. A estas delegaciones, el constituyente de 1994 las fulmina con el nuevo art. 76, CN, y concretamente esta, al ser anterior a 1994, caducó en el año 2010 al no ser ratificada como exige la cláusula transitoria 8 de la CN.

III.2. En 2016 se modifica parcialmente la ley por la ley 27.342 quedando redactado con el siguiente texto:

“(...) Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como las partidas que refieran a gastos reservados y de inteligencia.

“El jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado.

“Dichas reestructuraciones no podrán superar el siete coma cinco por ciento (7,5%) para el ejercicio 2017 y el cinco por ciento (5%) para el ejercicio 2018 y siguientes, del monto total aprobado por cada ley de presupuesto, ni el quince por ciento (15%) del presupuesto aprobado por finalidad, cuando se trate de incrementos de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o de aplicaciones financieras, y/o modificaciones en la distribución de las finalidades.

“(...) Las reestructuraciones presupuestarias realizadas por la Jefatura de Gabinete de Ministros, en función de las facultades establecidas en el presente artículo, *deberán ser notificadas fehacientemente a ambas comisiones de Presupuesto y Hacienda del Honorable Congreso de la Nación dentro de los cinco [5] días hábiles de su dictado, especificándose los montos dinerarios,*

(1) Otras normas constitucionales relacionadas con el tema son: arts. 4º, 39, 52, 75, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 9º y art. 85, CN.

finalidades del gasto, metas físicas y programas modificados”.

En lo que aquí interesa, se elimina la delegación, se autoriza las reestructuraciones por parte del jefe de Gabinete, pero con un tope y con un procedimiento de rendición ante el Congreso de la Nación.

*III.3.* En diciembre de 2019, la ley 27.541, con fundamento en la excepcionalidad de la coyuntura económica, establece una suspensión de este art. 37 con estos límites:

“Art. 86. Durante el período de vigencia de la presente ley, y dada la excepcionalidad de la coyuntura económica, se reestablecerán los límites para realizar reestructuraciones presupuestarias, dispuestos originalmente para el Ejercicio 2017 mediante el art. 1° de la ley 27.342, modificatoria del art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional”.

En otras palabras, se deja en suspenso el tope de 5% previsto para 2018 y se aplica el mismo que se aplicó en el 2017, o sea de 7.5 % del monto total del presupuesto aprobado.

*III.4.* Este año, en el DNU 260/2020 (12 de marzo) el Poder Ejecutivo amplía la declaración de emergencia (2) y delegación legislativa (art. 76, CN) dispuesta por ley 25.541 y, además, entre otras disposiciones, decide:

“Art 23. Reasignación de Partidas Presupuestarias: El Jefe de Gabinete de Ministros realizará la reasignación de partidas presupuestarias correspondientes para la implementación del presente. *La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la Ley de Presupuesto General que resulten necesarios durante su ejecución.*”

En este decreto nada dice respecto a los topes y limitaciones de la ley vigente. Pero, más llamativo, vuelve sobre el viejo texto delegante de 1992. En otras palabras, el propio Poder Ejecutivo mediante un decreto de necesidad y urgencia se delega a sí mismo una competencia que

había caducado en 2010 y que no responde a los parámetros de la delegación legislativa del art. 76, CN.

*III.5.* Y el reciente 10 de mayo se dicta el DNU 457/2020 que ordena:

“Art. 4°. Suspéndese durante el ejercicio 2020, para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones del dec. 260/2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros establecidos en el tercer párrafo del art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional”.

“Art 5°. Sustitúyese el inciso c. del art. 8° del dec. 52 del 20 de diciembre de 2019, por el siguiente:

“c. Transferir a la Jefatura de Gabinete de Ministros los fondos reservados que excedan a los necesarios para el normal funcionamiento del organismo, para su posterior reasignación a las políticas públicas nutricionales, educativas y de salud que resultan estratégicas para abordar la emergencia social y sanitaria”.

Ahora de manera expresa elimina topes y los controles que establece la LAF.

#### IV. Los argumentos

El primer argumento esgrimido es la necesidad de redistribuir partidas por la pandemia y que este DNU dará al jefe de Gabinete una herramienta necesaria para actuar ante la situación provocada por el COVID-19.

Sin embargo, podemos observar que ya la ley vigente lo contempla en el art. 39 de la misma LAF que establece:

“Art. 39. El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer autorizaciones para gastar no incluidas en la ley de presupuesto general para atender el socorro inmediato por parte del gobierno en casos de epidemias, inundaciones, terremotos u otros de fuerza mayor.

“Estas autorizaciones deberán ser comunicadas al Congreso Nacional en el mismo acto que

(2) La constitucionalidad de este DNU merece un desarrollo específico que excede este trabajo.

las disponga, acompañando los elementos de juicio que permitan apreciar la imposibilidad de atender las situaciones que las motivaron dentro de las revisiones ordinarias o con saldos disponibles en rubros presupuestarios imputables.

“Las autorizaciones así dispuestas se incorporarán al presupuesto general”.

Este artículo no es modificado por este dec. 457/2020.

Luego: si la Jefatura de Gabinete mediante disposiciones administrativas fundadas reasigna partidas presupuestarias en uso de la atribución del nuevo art. 37, LAF del DNU 457/20 no necesitaría comunicarlo al Congreso (3). Si en cambio, la misma reasignación la funda en el art. 39, LA debe comunicarla al Congreso para su control.

Por lo que, lo argumentado es falso. No necesita el dictado del DNU para tener la competencia y *lo que hace es evadir el control del Congreso previsto en el art. 39 de la LAF.*

Otros fundamentos enumerados en los considerandos son:

- El aislamiento social preventivo y obligatorio y su impacto económico y social.

- Las medidas de protección social tales como subsidios, ingresos de emergencia, salarios complementarios, etcétera.

- Necesidad de incrementar el presupuesto de algunas áreas gubernamentales.

Ya vimos que el art. 39, LAF permite estas re-adequaciones, siempre y cuando se informe al Poder Legislativo de la Nación para su control.

## V. Algunos problemas constitucionales

### V.1. Violación al art. 76, CN

Como señaló la Corte Suprema de la Nación, “es de la esencia misma del sistema económico constitucional que rige en la Nación y en todas las provincias que la forman y que se halla consignado en las expresas disposiciones constitu-

cionales, *que el poder de disponer de los dineros públicos reside en el departamento legislativo del gobierno*, aun cuando corresponda al Ejecutivo, por la naturaleza sus funciones, hacer efectiva las disposiciones de aquel”. (CS, Fallos 148:81, caso “Dellepiane c. Provincia de Tucumán”, el destacado no está en el original).

Cuando la CS dice “es la esencia misma del sistema económico constitucional” condensa en una corta frase el origen y desarrollo de la democracia liberal. Como dice “El Federalista”, la bolsa es del Poder Legislativo.

Ahora, a partir de 1994 se habilitó, excepcionalmente, (de manera expresa) en nuestra CN la posibilidad de delegar competencias legislativas en el Poder Ejecutivo, pero bajo condiciones estrictas, de interpretación restrictiva.

El art. 76 CN dispone: “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”.

Luego:

- a) Es el Congreso el que delega una competencia propia. En este caso, en la LAF.

- b) El Congreso debe fijar las bases dentro de las cuales la desempeña el PE.

- c) El PE solo tiene las competencias delegadas que le fija el delegado.

Si bien le ley en sus arts. 37 y 39 es escueta en su delegación, al menos, sabemos que estamos en materia de administración y que fija una base dentro de la cuál debe ejercerse la competencia delegada: el tope máximo sobre el total presupuestario que puede disponer el Poder Ejecutivo (art. 37, LAF) por sí solo y los supuestos excepcionales (art. 39, LAF) por montos mayores y dando cuenta al Congreso de la Nación de todos los parámetros enumerados en el artículo. Por supuesto que, además, como toda competencia siempre dentro de criterios de razonabilidad.

El DNU al reformar el art. 37 (texto ley 24.156) tiene una doble implicancia:

(3) Cfr.: Decisión Administrativa 997/2020.

a. El Poder Ejecutivo se auto delega una competencia ajena. O, al menos, cambia los límites de la delegación. Decide por sí solo que el Congreso le ha delegado la facultad irrestricta de modificar partidas presupuestarias sin tope, sin que el delegante (Congreso) se haya pronunciado.

Por el contrario, el Congreso al sancionar la LAF se ha pronunciado en sentido contrario.

Ninguna norma constitucional admite semejante interpretación del art. 76.

Si la Constitución expresa de manera categórica: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99, inc. 3º, CN) y que “[s]e prohíbe la delegación legislativa...” (art. 76, CN) no hay duda de que cualquiera de las excepciones admitidas sea de carácter restrictivo.

Luego, si el Congreso delega con determinados límites, esos límites no pueden ser eliminados por el delegado. Es de la esencia de la delegación que solo se está habilitado en el marco de la delegación.

Ha dicho la CS en el fallo “San Luis c. Estado Nacional s/ acción declarativa de certeza” (2003), en su considerando 30: “Que una solución contraria a la indicada importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración y regulación de emergencia, superpuesta a la declarada por el Congreso y carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, lo que no resulta admisible. ... 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”.

En definitiva, si ante una competencia privativa del Congreso:

- Si el legislador quiere delegar, no puede hacerlo irrestrictamente. Tiene que darle el marco o límite de la delegación.

- Si el legislador no puede delegar irrestricto, el delegado no puede más que el delegante.

- Desde el momento que el legislador delegó, hay una decisión del Congreso que enerva la posibilidad de DNU sobre ese tema.

b. El Poder Ejecutivo utiliza esa auto delegación inconstitucional para arrogarse una competencia (permitir al jefe de Gabinete el manejo discrecional del presupuesto nacional) que no está admitida en un sistema constitucional ni aun por decisión del Congreso.

Ya en oportunidad del debate de la ley 26.124 conocida también como de “superpoderes”, se escucharon sólidos argumentos en tal sentido. Podemos resumirlos en que otorgar la decisión presupuestaria al Poder Ejecutivo de forma irrestricta violenta la forma republicana del art. 1º de la CN, en unos de sus pilares, el principio de separación de poderes. Si no está permitido para el Poder Legislativo, menos puede arrogárselo el PE.

Se ha señalado que “el Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al Ejecutivo, a la vez que debe preverse un tiempo limitado, pasado el cual las facultades concedidas puedan ser recuperadas por aquel”. “El primero de tales límites importa que *no será admisible una simple delegación legislativa al Poder Ejecutivo, que no contenga las pautas para su accionar*” (4).

A su vez, se ha dicho que “en un sistema representativo es función de los representantes del pueblo efectuar las decisiones difíciles que son necesarias para fijar las políticas públicas significativas. Cuando el Congreso delega sus poderes en forma global, con la sola limitación de un vago estándar de ‘interés público’, está abdicando su trabajo de realizar las decisiones difíciles sobre las políticas públicas” (5).

(4) ROSATTI, Horacio D. - BARRA, Rodolfo C. - GARCÍA LEMA, Alberto M. - MASNATTA, Héctor - PAIXAO, Enrique - QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, ps. 398-404 (el destacado es propio).

(5) SCHWARTZ, Bernard, “Administrative Law. A Casebook”, Little, Brown and Company, 1994, p. 118. 8, citado en OD nro. 667.

La CS en la causa Colegio Público de Abogados de la Capital Federal resolvió que a mayor vaguedad de las bases más estricto el control de constitucionalidad sobre el ejercicio de la delegación. En este caso, las únicas bases son el tope (art. 37) y mecanismo de instrumentación en caso de epidemia o fuerza mayor (art. 39), por lo que sería de esperar un control muy estricto.

### V.2. Violación al art. 75, inc. 8 de la CN

La reforma constitucional de 1994 se incorporó al inc. 8° del art. 75, la obligación del Congreso de fijar el presupuesto *de conformidad con el régimen de coparticipación federal* de impuestos previsto en el tercer párrafo del inc. 2° del art. 75.

A su vez, el tercer párrafo del inc. 2°: "... La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

Es al momento del debate del presupuesto que los diputados y los senadores electos en las Provincias que tendrán oportunidad de defender el equilibrio en las asignaciones, con la finalidad de acercarse al "logro equivalente...".

Sin la deliberación propia del legislativo, según este nuevo decreto en análisis, el Poder Ejecutivo podrá modificar las partidas asignadas por el Congreso sin tener en cuenta estos parámetros o fijarlos autoritariamente y no democráticamente, como exige la Constitución Nacional.

### V.3. Falta de fundamentación

La jurisprudencia indica que debe justificarse con muy buenas razones para el ejercicio de competencias legislativas por parte del Poder Ejecutivo.

En el fallo "Verrochi, Ezio D. c. Poder Ejecutivo Nacional, Administración Nacional de Aduanas", se estableció que cuando el Poder Ejecutivo asume funciones inherentes al Poder Legislativo debe acreditarse una suficiente mo-

tivación fáctica que permita evaluar la razonabilidad de este tipo de medidas. (Fallos 322:1726, consid. 10, voto de la mayoría).

Entonces, ante un DNU tenemos una doble situación:

a) La validez formal: si cumple con este estándar de "suficiente motivación fáctica". O sea, si es necesario, si es urgente, si hay circunstancias que impidan el trámite de ley, si es una materia habilitada.

b) La validez del contenido: si lo normado en el DNU cumple con otros parámetros constitucionales. Por ej. Es muy discutible la aceptación de un DNU que reemplazara al Congreso frente a una declaración de utilidad pública a los fines de expropiar o que declarara la necesidad de reforma del art. 30 o del Estado de Sitio del art. 23 o cuando ejerciere una competencia sobre la que el Congreso ya se haya pronunciado.

En la famosa causa Peralta (muy discutida en doctrina porque se la considera excesiva en favor del PE) se dijo: "(...) puede reconocerse la validez de una norma como [DNU] dictada por el PE ... condicionado por dos razones fundamentales: 1) Que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2) ... la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados" (6).

De todo lo dicho se desprende que no se dan en este nuevo DNU los extremos que en palabras de la Corte permitan reconocer su validez.

Primero, porque hay una norma del Congreso que resuelve el tema de manera general (art. 37, LAF) y segundo, no es necesaria la autorización irrestricta ya que la situación fáctica está resuelta en el art. 39, LAF. Y, además, es muy opinable que sin autorización del Congreso pueda el Poder Ejecutivo alterar lo que él fijó en el presupuesto, como veremos a continuación.

(6) Cfr. "Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado nacional s/ amparo", 27/12/1994, consid. 24. Reitero, esto es lo más amplio que ha dicho La CS y es un fallo muy criticado por su amplitud.

#### *V.4. Afectación sustancial a la división de poderes*

La distribución de las facultades entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo está resuelta en la Constitución Nacional y reglamentadas en lo presupuestario en las leyes 24.156 y 25.917 de Responsabilidad Fiscal).

Lo que llamamos cotidianamente “aprobación” del presupuesto es para la Constitución Nacional entonces, un acto en donde “fija” (7) la decisión política respecto de qué vamos a hacer con los recursos nacionales; en qué vamos a aplicar esos recursos; cómo los gastamos.

“Fijar” es dar certeza, estabilidad, establecer de un modo cierto. A partir de su aprobación, las partidas quedan “fijas”, “estables”, “ciertas”. Y si, por razones evaluadas y consensuadas, el Congreso otorga al Poder Ejecutivo cierto margen de flexibilidad en la ejecución de ellas, también ese margen (%) de discrecionalidad es rigidizado a partir de su aprobación.

¿Qué sentido tiene que el Poder Ejecutivo presente un proyecto de presupuesto al Congreso para su aprobación si luego podrá reformar por sí solo cada una de esas previsiones? Si la CN obliga al Congreso a “fijar” un “programa general de gobierno”, ¿cómo admitir que luego lo deje de lado y ejecute otro no especificado ni aprobado?

Es claro, que a partir de este DNU queda sumamente agravada la competencia constitucional del Congreso en el proceso presupuestario y, por consiguiente, no existirían garantías mínimas de que se cumplan los objetivos políticos y económicos acordados por los representantes del pueblo mediante la aprobación de la ley y fijación del presupuesto.

El presupuesto anual de la administración nacional es una herramienta vital para la gestión de decisiones políticas no solo económicas y financieras del país. Cuando el Congreso decide la cuantía de una partida con determinado destino, está tomando una decisión de política concreta: frente a recursos escasos, determina

prioridades y criterios de asignación, en ejercicio de su representación política de la voluntad popular. Cuanto más se acerque la ejecución a lo oportunamente aprobado, mayor respeto a la voluntad política representada en el Congreso y mayor utilidad como herramienta de gestión.

Entonces, la modificación administrativa de las partidas presupuestarias violenta la decisión popular y formaliza la concentración de poder en el Poder Ejecutivo Nacional.

En cambio, el Poder Ejecutivo, aún en un sistema presidencialista, “administra”. Administrar no es fijar el presupuesto: así lo decidió el constituyente en el art. 75, inc. 8°. Administrar es recaudar lo previsto y ejecutar conforme a lo decidido. No hay una interpretación razonable del art. 100, inc. 1° (competencias del jefe de Gabinete) que permita inferir algo distinto.

Una de las consecuencias inadmisibles de este DNU es que transforma en “abstracta”, sin contenido la decisión legislativa al aprobar el presupuesto. Y una segunda tan inadmisible como la anterior es que anula la competencia de contralor: si el Poder Ejecutivo puede cambiar lo decidido no hay con que contrastar para el control (4ª etapa).

#### *V.5. El argumento falaz*

Es muy habitual que ante estos desarrollos normativos respondan con argumentos tales como “hoy se necesitan estas herramientas”, “se ha hecho muchas veces”, “las nuevas democracias no pueden esperar los tiempos tradicionales”, “la realidad evolucionó y tenemos que actualizarnos”.

Cada una de estas, como toda afirmación que dicen algo acerca de “hechos”, puede ser confrontada con la realidad y comprobar de por sí su congruencia.

Pero, en este trabajo estamos hablando de normas. Y por corroborada que sea una afirmación fáctica nada nos dice del derecho. Intentar deducir una regla jurídica de la sola ocurrencia de los hechos es lo que se conoce como “falacia de Hume”.

(7) Cfr. Terminología de la Constitución Nacional en el art. 75.

El propio Hume lo dice mejor: “No puedo dejar de añadir a estos razonamientos una ob-

servación que puede resultar de alguna importancia... hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, ...realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es ne-

cesario que esta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes..." (8).

Estas consideraciones prácticas pueden justificar (por razones éticas, sociales, prácticas, etc.) un cambio de normas; mientras tanto, las normas nos dicen lo que ellas dicen.

---

(8) HUME, David, "Tratado de la naturaleza humana", DUQUE, Félix (trad.), Editora Nacional, Madrid, 1977, ps. 689-690.

# La actuación notarial durante la emergencia sanitaria con motivo del virus COVID-19

María Luján Lalanne de Pugnaroni

**Sumario:** I. Introducción.— II. El servicio notarial como actividad esencial.— III. La actuación notarial durante la pandemia por coronavirus.— IV. Colofón.

*En humilde y sentido homenaje póstumo a mi entrañable amiga y colega  
María Rosa del Milagro Martín.*

## I. Introducción

A raíz de la pandemia anunciada el 11 de marzo del corriente año por la Organización Mundial de la Salud, la emergencia pública declarada por la ley 27.541 en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, debió ser ampliada en el aspecto sanitario por el plazo de un año mediante el decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020 dictado el pasado 12 de marzo por el Poder Ejecutivo nacional, conforme las atribuciones que el art. 99, inc. 3º de la CN le otorga, con sujeción a la ley 26.122 que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación respecto de este tipo de normas.

La veloz propagación de la infección a nivel global que indefectiblemente se instalara en nuestro país, hizo necesaria la adopción de medidas de contundencia que coadyuvaran a mitigar su impacto en el sistema sanitario, como modo de salvaguardar la salud pública y, por añadidura, los derechos fundamentales de los individuos, que son la vida e integridad física.

En este orden, el Poder Ejecutivo nacional estableció por DNU 297/2020 el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO) desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020 (art. 1º), que importa la prohibición a los habitantes y quienes temporariamente se encuentren en el país de concurrir a los lugares de trabajo y desplazarse

por rutas, vías y espacios públicos, permitiéndose la circulación mínima e indispensable para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (art. 2º).

La medida antedicha fue prorrogada por sucesivas disposiciones de igual calibre 325, 355, 408, 459, 493 y 520, hasta el momento de este análisis; bifurcándose en este último un nuevo marco normativo para todas aquellas zonas sin circulación comunitaria de SARS-CoV-2, que verifiquen en forma positiva los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos con base científica en el art. 2º —Capítulo Uno— de dicho decreto, donde rige el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”.

El art. 6º del DNU 297/2020 que dio origen al ASPO exceptuó de su cumplimiento a las personas afectadas a actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, limitando los desplazamientos de las personas habilitadas al estricto cumplimiento de dichas actividades y servicios. Asimismo, delegó en el jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, la facultad de ampliar o reducir las excepciones dispuestas, con recomendación de la autoridad sanitaria, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observare en el cumplimiento de la medida.

La determinación sobre la declaración de esencialidad de ciertas actividades y servicios en el marco de la emergencia se compadece con la necesidad de evitar restricciones innecesarias o, en cierta extensión, inútiles o hasta contraproducentes para la tutela del interés público que se busca proteger. En otras palabras, las normas que busquen afrontar la crisis epidemiológica generada por esta clase de coronavirus deben resultar “imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos” (considerando del DNU 297/2020).

En efecto, las libertades individuales consagradas en nuestra Constitución Nacional, en los artículos, entre otros, 14 —“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino (...)”—, 16 —“(…) Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”—, 19 —“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”—, 20 —“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (...)”—, 28 —“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”—, 33 —“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”— y en los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, como 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 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (art. 75, inc. 22 de la Carta Magna); pueden verse sujetos a limitaciones en razón de un bien público superior mientras estas guarden razonabilidad y un mar-

co coherente con el Estado de Derecho, con el objetivo de “proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos (...)” (art. 12, inc. 3º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: “Art. 22. Derecho de Circulación (...) 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo (...) con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”. Y el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Ahora bien, es sabido que la imperiosa protección de la salud de los argentinos influiría negativa e indefectiblemente en otros parámetros de cálculo, sobre todo en aquellos que relacionan a la persona humana con sus instituciones, tanto sociales como administrativas y económicas.

Y la actividad notarial no podía quedar inmune. En las demarcaciones de mayor tráfico inmobiliario, la cantidad de escrituras públicas otorgadas ha sido sumamente exigua. Según datos publicados en los medios periodísticos, durante el mes de abril de este año, en la provincia de Buenos Aires se celebró apenas una compraventa inmobiliaria y se constituyeron tres hipotecas; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registraron solo siete compraventas y ninguna hipoteca. En mayo, los analistas estiman las mismas tendencias.

El objeto de este estudio es reseñar la normativa que se viene dictando en el marco de la emergencia pública sanitaria y que impacta en

el ejercicio de la actividad notarial en mayor o menor magnitud.

## II. El servicio notarial como actividad esencial

Es sabido que la función de los escribanos se coloca en un lugar de envergadura en toda comunidad, no solo en la faz documental del instrumento público por excelencia como es la escritura pública, sino también a causa de la necesidad social de certeza jurídica.

El Gobierno nacional, a través del jefe de Gabinete de Ministros, así lo reconoció en la decisión administrativa 467/2020: “Art. 1º.— Ampliase el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, en los términos previstos en el dec. 297/2020, incorporándose a la actividad notarial, cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones”.

La disposición aludida viene a rescatar el papel de los notarios como sostén ineludible para las demás actividades y servicios excluidos de la regla de aislamiento obligatorio. Infinidad de ejemplos lo confirman: actuaciones notariales de cualquier índole, protocolares y extra-protocolares, destinadas al sector alimenticio, agropecuario, minero, bancario, previsional, transporte de mercaderías y tantos otros que siguen activos durante la pandemia; por lo que es normal que requieran en este lapso, como es habitual, el servicio de los escribanos.

El tiempo habla por sí solo. Desde la antigüedad, los notarios se ocupan y esmeran por instalar seguridad jurídica en los actos voluntarios lícitos con consecuencias de esta índole. Al decir de Gattari, “el fenómeno notarial (fenómeno en el sentido husserliano: objeto aparente intuitivo *hic et nunc*) nos muestra a las claras la necesidad que tiene el individuo y la sociedad de una verdad, trascendente en derecho, que le dé seguridad y certeza justa. Se trata de explicar el

fenómeno notarial, no porque la ley lo impone, sino de verificar por qué lo impone la ley” (1).

La actividad del escribano está lejos de circunscribirse a una materialización o cosificación de los hechos jurídicos y los negocios. Como el alimento para el ser vivo, toda comunidad organizada requiere de la fe pública que nace de la función fideifaciente notarial, como verdad impuesta por la ley, que dota a los actos de los otorgantes de efectos sustantivos, ejecutividad, documentación (2), conservación, publicidad cartular y resguardo. Pero, además, este operador jurídico a cargo de una función pública constituye el “tercero de confianza” que ejerce el ministerio de una institución anti litigiosa.

De ahí que el notario ocupe un lugar primordial en toda sociedad organizada, no solo debido a su potestad fideifaciente en la aseveración de la fecha, el lugar y los hechos o actos cumplidos por él mismo o ante él (3), sino también en atención a que su preparación intelectual en las distintas materias jurídicas le otorga suficiente competencia para la redacción de los documentos, previa aplicación de las operaciones de calificación, legalización y legitimación propias de su ejercicio profesional (4), sumándole el asesoramiento e, incluso, el consejo a quienes requieran sus servicios sobre la concreción formal del acto y sus ulterioridades legales previsibles, en el marco de la imparcialidad y el secreto profesional, actuando con prudencia y de modo personal, con probidad, disponibilidad y debida diligencia.

Además, el escribano se encarga de la publicidad del acto notarial, en caso de corresponder, de la conservación en buen estado de los protocolos y de los libros de requerimientos de firmas e impresiones digitales que se hallen en su poder, así como también de su entrega al Archivo

(1) GATTARI, Carlos N., “Práctica Notarial 3”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 171.

(2) Conf. ZINNY, Mario A., “El acto notarial (dación de fe)”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 7 y ss.

(3) Arts. 296 y 312 del Cód. Civ. y Com. Argentina.

(4) GATTARI, Carlos N., “Práctica Notarial 8”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 234 y ss. Ver, asimismo, arts. 301, 307 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina.

de Actuaciones Notariales bajo el procedimiento que imponen las normas que gobiernan su oficio.

El notariado presta su función pública con lealtad al Estado del que ha recibido una delegación del poder público, absteniéndose de cualquier comportamiento contrario a la función que ejerce, conforme los postulados de la Declaración denominada “Deontología y Reglas de Organización del Notariado”, adoptada por la Asamblea de Estados Miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, en Lima, Perú, el 8 de octubre de 2013.

Por su parte, esta profesión exige nutrirse de las distintas ramas del derecho, que se renuevan constantemente, al compás de los tiempos y la evolución de las personas como sujetos de derechos y de obligaciones, que la enriquecen día a día, la fundamentan axiológicamente y la muestran como verdadera creadora del derecho concreto, enarbolando —más que ninguna— la seguridad jurídica preventiva.

El art. 2º de la mencionada decisión administrativa 467/2020 remarca la función social de este oficio: “Todo requerimiento de servicio notarial, tendiente a evitar el traslado o circulación de personas consideradas de riesgo por la normativa vigente, efectuado por los titulares y las titulares de un beneficio de la Administración Nacional de la Seguridad Social para el cobro de Jubilaciones, Pensiones, Asignación Universal por Hijo, Asignación Universal por Embarazo, Ingreso Familiar de Emergencia o beneficio similar que se dictare en el futuro será otorgado en forma gratuita”.

Los escribanos exhiben una conducta solidaria en cuestiones comunitarias que requieren ser atendidas, en pos del desarrollo económico sostenible y la paz social, como ocurre con su intervención en las regularizaciones dominiales desarrolladas en el marco de la ley 24.374, su participación en las periódicas Jornadas de Asesoramiento Gratuito impulsadas por el Consejo Federal del Notariado Argentino con la colaboración de los Colegios profesionales del país y el desarrollo del Programa de Herencia y Legados de UNICEF a través del acuerdo firmado entre el Consejo Federal del Notariado Argentino y esta entidad de ayuda humanitaria. Corresponde

una vez más colaborar con el Estado en el cuidado de las personas más vulnerables durante la actual epidemia, evitando su circulación y de esa manera, el riesgo de contagio.

### III. La actuación notarial durante la pandemia por coronavirus

Sin lugar a dudas, algunas modalidades en la prestación del servicio notarial debieron modificarse. De hecho, la referida decisión administrativa del jefe de Gabinete de Ministros 467/2020 ordena que los actos notariales del caso —los permitidos según ella— deben otorgarse “solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones” (art. 1º, *in fine*). Ello estimula al escribano a utilizar, para un análisis preliminar de los requerimientos que se le efectúan, medios de comunicación a distancia, ya sea la telefonía fija o móvil, e-mails o video llamadas, de manera de propender al distanciamiento social ordenado y eludir el tránsito de personas. Una vez confeccionado el documento notarial, previo acuerdo del día y hora con el/los requirente/s, se desarrolla el acto ante el notario con la intervención de los sujetos cuya comparecencia es indispensable para su validez y eficacia, re trayendo el acompañamiento de otros cuya presencia no fuere imprescindible.

Por su parte, en virtud del art. 3º de la mencionada DA 467, “las Notarias y los Notarios que otorguen actos en virtud de lo dispuesto en la presente decisión administrativa deberán: a. dejar constancia en los respectivos documentos que autoricen, los motivos que justifican su intervención con expresa mención del dec. 297/2020 y de la presente”, mediante la vinculación documentada de la actuación notarial con la actividad o el servicio esencial de que se trate, cuyo cumplimiento se posibilita a través de aquella, sirviendo para su justificación la documentación habilitante por medio de la cual se legitima el otorgamiento del acto, la/s declaración/es del/los firmante/s y/o el propio contenido del documento notarial o del instrumento con base en el cual el notario interviene; “y b. dentro de los diez [10] días corridos del mes inmediato siguiente al de la finalización del aislamiento, social, preventivo y obligatorio, notificar al Colegio Profesional que corresponda cualquier acto protocolar o certificación de

firmas realizados con fundamento en la presente y acreditar el cumplimiento de los requisitos expuestos”, sin perjuicio del secreto profesional que debe guardarse en la prestación del servicio, sabiendo que su dispensa es admitida por justa causa, cuya apreciación quedará librada a la conciencia del actuante (art. 35, inc. 6º.c) de la Ley 9020/1978 Orgánica Notarial de la provincia de Buenos Aires); en tanto “solo por orden de juez competente o imperativo legal, podrá liberarse al escribano de dicho secreto” (art. 29, inc. p] de la Ley 404 Orgánica Notarial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Definitivamente, corresponde que el notariado, de modo individual y colectivo, colabore con los organismos estatales tanto en las funciones delegadas como en las relaciones oficiales que le correspondan. Y en virtud de ello, es preciso que este profesional facilite el acceso de sus actuaciones al Colegio Notarial de su demarcación para el debido control sobre el cumplimiento de la normativa.

Cabe destacar que la referencia al DNU del Poder Ejecutivo nacional 297/2020 efectuado en el art. 1º de la DA 467/2020, importa por sí solo un amplio marco de actuación de los escribanos durante esta pandemia, dado que el art. 6º de aquel decreto detalla una gran cantidad de actividades y servicios exceptuados del ASPO, agregando, además, en su inc. 6º, a las “personas que deban atender una situación de fuerza mayor”.

En verdad, el servicio notarial se ha venido ampliando en esta época del virus COVID-19, en atención a las sucesivas normas que fueron sumando excepciones a la obligación de aislamiento social y preventivo, las que se fueron así añadiendo a los potenciales requerimientos notariales. Así fue con la inclusión dentro de dichas eximiciones, para casi todo el país, del personal afectado a “la actividad registral nacional y provincial, con sistema de turnos y guardias mínimas”, establecido en el art. 1º, inc. 3º de la decisión administrativa del jefe de Gabinete de Ministros 524/2020. Es que la función de los notarios se encuentra íntimamente ligada a la actividad registral, no solo la atinente a los bienes inmuebles y los muebles registrales, sino también respecto a las sociedades, personas físicas y jurídicas, fideicomisos, contratos asociativos,

testamentos y demás inscripciones que las leyes imponen.

Más tarde, con los DNU del Poder Ejecutivo nacional 408/2020 y 459/2020, se implementaron distintos procedimientos para la habilitación de actividades y servicios durante la emergencia sanitaria, según se trate de departamentos o partidos de hasta 500.000 habitantes que no formen parte de aglomerados urbanos cuya población supere ese número, de departamentos, partidos o aglomerados urbanos de más de 500.000 habitantes o bien integren el Área Metropolitana de Buenos Aires —integrada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los cuarenta partidos de la provincia de Buenos Aires determinados en el art. 6º del DNU 408/2020 y en el art. 5º del DNU 459/2020—, diferenciando la requisitoria a cumplimentar y la autoridad —provincial o nacional— facultada a establecer las dispensas al ASPO, en atención a los referidos parámetros demográficos, la situación epidemiológica y sanitaria de cada lugar y el protocolo para el funcionamiento de la/s actividad/es a exceptuar. En virtud de la referida normativa nacional, cada gobernación dictó las propias, como en la provincia de Buenos Aires fue el decreto de su gobernador 282/2020, que prescribió que el inicio del desarrollo de las actividades y servicios peticionados por los municipios queda sujeto al dictado del pertinente acto administrativo por parte del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, previa intervención de las áreas competentes y la verificación de los requisitos prescriptos (arts. 2º y 3º).

De esta manera, en las demarcaciones donde se fue habilitando la actividad notarial, conforme así lo fueron disponiendo las autoridades pertinentes, esta profesión del Derecho alcanzó su dimensión habitual, de acuerdo con las incumbencias que la legislación de fondo y la normativa local le asignan, liberándose de la limitación impuesta en el art. 1º de la decisión administrativa 467/2020 y acompañando su funcionamiento con un protocolo de pautas y recomendaciones a seguir con relación al cuidado de la salud de los notarios, empleados, requirentes y público en general que ingrese a las escribanías.

A través del DNU del Poder Ejecutivo nacional 520/2020, publicado en el Boletín Oficial

de esta República el 8 de junio de 2020, se flexibilizaron las medidas adoptadas en torno al COVID-19 para los aglomerados urbanos y los partidos y departamentos de las provincias argentinas donde se verifiquen con éxito ciertos parámetros epidemiológicos y sanitarios que el mismo precepto establece; entre ellos, que no se trate de áreas geográficas que posean “transmisión comunitaria” del virus. De esta manera, a la fecha del dictado del mentado decreto, se inicia la fase del “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” en casi todo el país, menos en los lugares que siguen alcanzados por el ASPO (art. 10), que a dicho momento son: el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) comprendida por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los cuarenta partidos de la provincia de Buenos Aires ya determinados en los DNU 408/2020 y 459/2020 que también son señalados por el art. 11 de esta norma, el departamento de San Fernando de la provincia del Chaco, los departamentos de Bariloche y de General Roca de la provincia de Río Negro, el departamento de Rawson de la provincia del Chubut, la Ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano de la provincia de Córdoba.

El nuevo marco de “distanciamiento” introduce la limitación a circular por fuera del partido o departamento de residencia, salvo habilitación mediante el Certificado Único respectivo, siempre y cuando no se trate de un caso sospechoso o confirmado o que deba cumplir aislamiento según el dec. 260/2020, su modificatorio y normas complementarias; al mismo tiempo que otorga atribuciones a las autoridades provinciales para disponer el aislamiento preventivo por un plazo máximo de catorce días respecto de personas provenientes de otras jurisdicciones que ingresen a la provincia bajo su gobernación, previa intervención de la autoridad sanitaria provincial, así como también para reglamentar la circulación por horarios o por zonas (arts. 4º y 20). Además, se establecen reglas de conducta generales relativas a la higiene y cuidados sanitarios (art. 5º) y la posibilidad de realizarse actividades económicas, industriales, comerciales o de servicios —salvo las prohibidas en el art. 9º, aunque el jefe de Gabinete de Ministros está facultado a disponer excepciones— en tanto posean un protocolo de funcionamiento aprobado por la autoridad sanitaria provincial, que

contemple la totalidad de las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional y restrinja el uso de las superficies cerradas hasta un máximo del 50 por ciento de su capacidad, permitiendo a las autoridades provinciales a establecer días y horas y/u otros requisitos adicionales para la realización de determinadas actividades, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo de cada lugar bajo su administración (art. 6º).

Respecto a las zonas que continúan en “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, en concordancia con los anteriores Decretos de Necesidad y Urgencia dictados en el marco de la pandemia por esta clase de coronavirus, el jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, queda facultado a autorizar nuevas excepciones ante la petición de las administraciones de cada demarcación, previa intervención del Ministerio de Salud de la Nación y con implementación del protocolo sanitario de la/s actividad/es que se habilita/n (arts. 13 y 15), así como también el cese del ASPO y la aplicación de las reglas sobre “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” a los partidos, departamentos o aglomerados urbanos que cumplan los parámetros previstos en el art. 2º de este decreto (art. 18, segundo párrafo).

Por su parte, si se advirtiere una señal de alarma epidemiológica o sanitaria en alguna zona de “distanciamiento” o bien se detectare que esta no cumple con los parámetros establecidos a tales efectos, el Poder Ejecutivo nacional cuenta con atribuciones para someterla a las disposiciones del “aislamiento” (arts. 17 y 18, primer párrafo).

Habida cuenta el objetivo de restringir la circulación de personas que fomenta la propagación del virus SARS-CoV-2, ha de tenerse en cuenta que la competencia del notario es acotada desde el punto de vista territorial. El punto es de suma importancia en atención a que la actuación del oficial público en los límites de su competencia territorial es un requisito de la validez del instrumento público (art. 290 del Cód. Civ. y Com.).

Al decir de Pelosi, “no es límite de función, sino de ejercicio. Señala el ámbito geográfico dentro del cual el escribano puede actuar o intervenir en asuntos que le incumben *ratione materiae*, cualquiera sea el domicilio de las personas, el lugar de ubicación de los bienes o del cumplimiento de las convenciones” (5).

Así, como principio general establecido en la Ley Orgánica Notarial de la provincia de Buenos Aires, los notarios bonaerenses ejercen sus funciones dentro de los límites territoriales que correspondan al Registro Notarial de su actuación, que se encuentra determinado por el Distrito Notarial donde se ubica su sede, constituido por un partido de la provincia (arts. 1º, 3º, 130, 175, 193 y concs. del dec.-ley 9020/1978). Por su parte, la Ley 404 Orgánica Notarial que rige en el ámbito de la Capital Federal, hace lo propio en su art. 24 y concordantes.

Lo expresado intenta demostrar que, en el marco de la normativa establecida sobre la emergencia pública sanitaria que hoy nos afecta, la habilitación de la actividad notarial con integridad de incumbencias en cada una de las distintas demarcaciones territoriales, sin omi-

---

(5) PELOSI, Carlos A., “El documento notarial”, Ed. Astrea de Alfredo - Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 147.

tir ninguna, permite evitar el traslado de personas que necesiten del servicio notarial por vías y rutas, incluso a otros partidos o jurisdicciones diferentes al de su residencia, facilitándoles satisfacer su/s requerimiento/s con el escribano cercano a su domicilio.

#### IV. Colofón

Nuevamente se vislumbra la influencia de la realidad en las normas; y la inhabilidad de estas para vencer la primera. Solo pueden ordenarla, paliar sus efectos adversos o movilizar mecanismos que ayuden a sosegar una crisis mayor desde distintos aspectos.

En este orden de ideas, la actual situación epidemiológica exige, además de los imprescindibles cuidados sanitarios, que ciertas actividades y servicios continúen dinámicos, en tanto contribuyen, por sí mismos, a atenuar la caída de los parámetros económicos y sociales que pudieren verse afectados con motivo de las medidas que necesaria e imperiosamente deben —en buena hora— adoptarse.

Tal combinación de valores y principios que enriquecen cotidianamente nuestro comportamiento funcional nos coloca a la vanguardia del mismísimo objetivo de esta ciencia, que es la seguridad jurídica al servicio del ser humano.

# La Corte Suprema y las cuestiones políticas

Carlos J. Laplacette (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Demarcación inicial.— III. Las cuestiones políticas no justiciables en el derecho argentino.— IV. Fernández de Kirchner. La CS y el óptimo de (Paula) Pareto.— V. Ideas finales.

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad realizar una breve recorrida —para nada completa ni definitiva— a las distintas formas en las cuales la doctrina constitucional y, en especial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CS”), abordan la temática de las cuestiones políticas no justiciables.

Se trata de un análisis de enorme actualidad. La economía y las instituciones nacionales enfrentan un estrés muy poco habitual, producto de una crisis económica de larga data, a la cual se suma una pandemia con características desconocidas por casi todas las generaciones vivas del planeta.

La respuesta a este tipo de desafíos suele ser una restricción significativa de los derechos constitucionales, usualmente bajo el paraguas de la doctrina de la emergencia, a la cual se ha recurrido en la República Argentina en forma casi constante desde, al menos, 1920. Dentro de grupo de dispositivos que el sistema constitucional coloca en cabeza de las autoridades para conjurar la situación de emergencia, existen muchos que han reclamado para sí el mote de “cuestión política” a fin de sustraerse —en mayor o menor medida— al control por parte de los tribunales.

La noción de “cuestión política no justiciable” forma parte del conjunto de elementos que integran usualmente el almacén del derecho

constitucional. Sin embargo, las diferencias que existen entre los autores y en la misma jurisprudencia al hablar de “cuestiones políticas” convierten al término en un rótulo de muy dudosa utilidad. Dentro del recipiente de las “cuestiones políticas” es posible encontrar toda clase de ingredientes, muchos de ellos completamente diferentes. Parte del interés de este trabajo se encuentra en procurar identificar y separar las distintas sustancias que se mezclan bajo el rótulo de las cuestiones políticas.

En el marco de la inmensa anormalidad producida por la pandemia de COVID-19 y de las medidas tomadas por los gobiernos para limitar o conjurar sus consecuencias, tuvo lugar una situación no menos extraña, como lo fue planteo de la presidenta del Senado de la Nación, a fin de que la CS declarase que el cuerpo podía sesionar a través de dispositivos telemáticos.

El escrito inicial presentaba varias aristas muy particulares. Una de ellas era, desde luego, que una Cámara del Congreso solicitara la intervención preventiva de un tribunal de justicia para interpretar su propio reglamento de sesiones. Si bien en el cortísimo plazo podía entenderse como una movida de política agonal sin mayores contraindicaciones en ese plano, parecía generar ciertos riesgos para el tribunal, tanto en el cortísimo plazo por las implicancias políticas de un eventual desaire al Senado, como en el mediano o largo plazo, ante la posibilidad de sentar un antecedente sumamente peligroso para la propia CS (1).

(\*) Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en Universidad Austral, Universidad Católica Argentina, Universidad de Palermo y Universidad del Salvador.

(1) Me referí a esta temática en una nota publicada el 15 de abril en Perfil (“El Senado y la Corte Suprema: entre lo político y lo jurídico”, disponible en: <https://www.>

El resultado fue, finalmente, una sentencia en la cual todos los jueces del tribunal coinciden en que no existe un caso judicial y rechazan *in limine* la demanda; la diferencia se sitúa en los alcances que los distintos votos brindan al concepto de caso judicial. Para llegar a ese resultado, la mayoría se interna en el alcance y funcionamiento de las cuestiones políticas en la República Argentina y le recuerda al Senado lo que para cualquier observador jurídico parecía obvio. Algo similar hace el voto de Rosatti, pero en este caso en forma de *obiter*, al utilizar un criterio estricto de la configuración de caso. Estas menciones hacen que la sentencia sea de interés para considerar cuál es la doctrina que hoy maneja la CS en materia de cuestiones políticas.

En los próximos apartados se comenzará intentando aislar a las cuestiones políticas de otras ideas próximas que usualmente suelen ser tratadas en forma conjunta por la doctrina. Luego se analizará en forma específica el caso de las cuestiones políticas, así como los distintos fenómenos que se esconden detrás de ese rótulo, para concluir con una visita a la doctrina de la CS en materia de cuestiones políticas en el caso “C. F. K.”

## II. Demarcación inicial

### II.1. Judicialización de la política

Uno de los primeros problemas que debe afrontar el análisis de la relación entre el poder judicial y la política es la gran cantidad de ambigüedades que rodean a la utilización de palabras tales como “cuestiones políticas”, “funciones políticas”, “actividad política” y otros términos o categorías con las cuales se pretende explicar una determinada porción de la actividad de los tribunales y, en especial, de la CS.

Ello obliga a que, antes de ingresar en el análisis de las “cuestiones políticas”, se prepare el terreno, desmalezando el sector del ordenamiento jurídico sobre el que habrá de centrarse la atención de todos aquellos conceptos o ideas próximos pero distintos del que se procura estudiar. Con ese fin, el presente apartado realizará una

labor de recorte, destinada a explicar de qué es de lo que no se hablará en el presente trabajo.

Una idea primera idea con la que podría tropezarse, pero que se dejará rápidamente de lado, es la de “judicialización de la política”. La idea puede tener muy distintos significados. En una primera acepción ella es casi necesaria, o consustancial con el constitucionalismo y quizás con la misma idea de derecho. En buena media, toda la historia jurídica de occidente ha estado signada por el intento de someter al derecho el ejercicio del poder por parte de las autoridades políticas. Ello está particularmente presente en el constitucionalismo, el cual abraza la idea de que los poderes públicos pueden y deben ser limitados, y de que su autoridad depende de que se respeten esas limitaciones (2). Una decisión visceralmente política, como el fusilamiento de un opositor, se encuentra asimilada y prohibida por el derecho, donde se ha juridizado y limitado ese sector de la política.

Esa *juridización de la política*, siempre inacabada e imperfecta, requiere en la práctica —sino en la teoría— algún nivel, más o menos amplio, de *judicialización* de las decisiones de los funcionarios. Los actos y acciones de estos estarán siempre sujetos a algún tipo de control o revisión judicial, ya sea porque se les reconozca a los habitantes la posibilidad de defenderse de los actos contrarios al ordenamiento jurídico y/o porque existan tribunales encargados de juzgar los delitos que comentan esos funcionarios, ya sea contra particulares o contra el propio Estado. En definitiva, la *judicialización de la política* resulta, con el amplísimo margen de implementación y alternativas que puede presentar, una de las bases del derecho constitucional y del principio republicano de responsabilidad de los funcionarios. Más aún, podría pensarse que sin algún tipo de *judicialización de las decisiones políticas* la idea misma de derecho se torna inoperante. Esa judicialización no será considerada aquí, sino que se tomará como presupuesta (3).

(2) Cfr. WALUCHOW, Wilfrid J., “Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 71.

(3) En un trabajo reciente Adrián Ambroggio avanza en un sentido que podríamos considerar usual en esta temática, considerando que “la judicialización de la política implica, como rasgo general, una propensión

perfil.com/noticias/opinion/el-senado-y-la-corte-suprema-entre-lo-politico-y-lo-juridico-carlos-jose-laplace.pthtml).

Junto a la idea anterior, existe otro uso del término *judicialización de la política*, con el cual se intenta hacer referencia a ciertas situaciones en las cuales los jueces intervienen en materias que estarían constitucionalmente reservadas

social a someter diversos asuntos privados y públicos a las formas y métodos judiciales y, correlativamente a dicha dinámica colectiva, la vocación institucional de los jueces de asumirse como sujetos dirimientes de aquellos asuntos... Según comprendemos, la judicialización de la política no se reduce a la sola sustracción de competencias de los poderes políticos por parte del Poder Judicial, sino que tal concepto engloba una serie de procesos con fronteras dinámicas entre sí, superadores de una visión netamente funcional de las instituciones del Estado —lo político gubernamental—. Deben adicionarse al panorama los puntos de vista relativos a una perspectiva centrada en las conductas de la comunidad en relación con lo judicial —lo sociológico— y la perspectiva focalizada en la mega-política, es decir, las cuestiones políticas fundamentales de un Estado y el núcleo central de principios y valores —lo político estructural— y, a la par, los procesos de construcción del Poder y el rol de la justicia en dicho campo —lo político agonal—. (AMBROGGIO, Adrián F., “La judicialización de la política como causa y consecuencia”, LA LEY 28/05/2020). Este tipo de miradas, no poco extendidas en la actualidad y de gran valor sociológico y panorámico, se dan —como bien lo señala el autor— en un plano muy distinto al de las “cuestiones políticas no justiciables”. Sin embargo, incluso desde esa perspectiva más amplia, presentan la dificultad de no contemplar una distinción entre aquellos aspectos que han sido regulados por el derecho, lo que conlleva a que en determinadas situaciones, el incumplimiento de lo dispuesto en la norma jurídica pueda ser llevado a tribunales (judicializado) precisamente para hacer respetar esa decisión política previa de la sociedad (v.gr., prohibición de la tortura como método de averiguación de la verdad, derecho de las minorías al tercer senador, exigencia de la nacionalidad argentina para acceder al cargo de Presidente de la Nación y muchas otras decisiones políticas adoptadas como base del ordenamiento jurídico). Parece existir una diferencia fundamental entre la “judicialización de la política” que se podría producir cuando un juez intenta imponer su criterio sobre una materia no regulada por el derecho o regulada a través de pautas muy generales —v.gr. “utilidad pública”—, y la “judicialización de la política” que se denuncia para excluir a los tribunales de aquellas cuestiones de “mega-política” cuya decisión ya ha sido adoptada en un sentido o en otro por una norma jurídica previa. En el primer caso se trata de una discusión jurídica acerca del alcance y el sentido de determinadas normas constitucionales o legales, es decir, aquello que hacen los tribunales de derecho en occidente desde, al menos, entrada la edad media. En el segundo caso, la pregunta se vincula con el valor que estamos dispuestos a reconocerle al derecho como regulador de las conductas humanas y, en especial, de quienes detentan el poder.

al Congreso o al poder ejecutivo. Por ejemplo, la decisión política de expropiar se encuentra regulada por el derecho, donde se exige, entre otras cosas, que el legislador determine la existencia de utilidad pública y algunos consideran que esa es una decisión política que corresponde a un departamento político. Si el poder judicial controlase esa decisión, estaría judicializando una decisión política. Más allá de su impacto discursivo, este supuesto no nos presenta ninguna idea nueva o distinta a un debate plenamente jurídico; de lo que se trata es de determinar la amplitud de las competencias de los distintos departamentos en los que se divide el gobierno. Esta *judicialización de la política* será considerada luego, al deslindar distintos significados de la idea de “cuestión política”.

## II.2. Funciones, cuestiones y efectos políticos

Superado ese primer nivel de análisis, las cuestiones políticas también deben ser distinguidas de otros conceptos afines con los cuales suelen ser relacionadas o hasta unificadas. Entre ellos se encuentran las ideas de “funciones políticas”, “efectos políticos”, “actividades políticas” u otros conceptos afines que suele vincularse con una noción más depurada de “cuestión política”.

Es sugestivo el poco común poder expansivo del adjetivo “político/a”, cuya su utilización termina por hacer desaparecer las diferencias en los sustantivos a los cuales se aplica. No resultaría fácil que alguien trate como sinónimos términos que son muy distintos, como “funciones”, “efectos” o “materias”; sin embargo, con tan solo agregarles el adjetivo mágico, los sustantivos pierden su identidad y colapsan dentro de una utilización indefinida de la idea de política.

Solo a título de ejemplo, en una obra reciente sobre derecho procesal constitucional, como es el “Tratado de Derecho Procesal Constitucional” (4) dirigido por Enrique M. Falcón, este dedica todo el cap. II (ps. 57-168) a analizar “La función política de los tribunales superiores”.

(4) FALCÓN, Enrique M. et. al., “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

Allí explica que “cuando se habla de función política de los tribunales superiores, nos estamos refiriendo a la intervención de los mismos en cuestiones fundamentales del Estado, ajenas al campo específico jurisdiccional”, la cual “puede tener por fin determinar espacios de poder, proteger el sistema institucional, fijar rumbos orientadores en el campo social, mantener una adecuada división de poderes, establecer los sectores de protección para el ciudadano frente a los poderes ante la ausencia de normas legales, pero también acompañar la política superior y general del Estado en tanto la misma tienda al bienestar general” (5).

En las páginas siguientes, luego de recordar el caso “Marbury vs. Madison” como origen “de la cuestión política de los tribunales superiores”, se ocupa de los hechos y de la doctrina del caso citado en materia de control de constitucionalidad, para luego recorrer las principales tendencias de la USSC en materia de *judicial review* y de situaciones de gran impacto político ajenas a la función jurisdiccional (v.gr., intervención del presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos —en adelante “USSC”— en una comisión no judicial encargada de investigar el asesinato del presidente Kennedy). Luego se pasa a la CS y allí se encara el análisis de “un enfoque político” del tribunal, el cual “es un poder del Estado y como tal tiene una doble función, por un lado la jurídica y por otro la política de este Estado”, al enumerar la actuación del Tribunal en esta última materia, se incluye un elenco variopinto de situaciones, donde se incluye desde las Acordadas que convalidaron gobiernos de facto, hasta los casos que resolvieron sobre la constitucionalidad de la mediación obligatoria o el control de constitucionalidad sin pedido de parte.

De este modo, bajo el mismo rótulo “función política de los tribunales superiores” se agrupan distintas cuestiones, todas ellas de relevancia política y jurídica, pero claramente diferenciables (p. ej., la existencia de una función política específica distinta de la judicial, la existencia de cuestiones políticas no justiciables que limitan el ejercicio de la función judicial o un enfoque político de las decisiones judiciales y de otra índole adoptadas o dejadas de adoptar por la CS).

(5) *Ibidem*, ps. 63-64.

El ejemplo citado es revente, ya que se trata de una obra reciente, de gran factura general y con capítulos de altísimo nivel jurídico que, a pesar de ello, no logra escapar a la ambigüedad a la que parece condenar el tentador —pero muy resbaloso— adjetivo de “político/a”. Pero está muy lejos de tratarse de una dificultad patrimonio de la obra, se trata de una dificultad extendida en gran parte de la doctrina constitucional argentina.

Otra obra de gran interés en este aspecto es “Función política de la Corte Suprema” (6), dirigida por Santiago y Álvarez, quienes agrupan en el libro una serie de trabajos en homenaje a Julio Oyhanarte, los cuales, como se indica en la presentación, tratarán “acerca de la función política de la Corte Suprema... desde diferentes perspectivas de análisis”. Los diversos trabajos involucran aspectos tales como el origen del poder político de la USSC, el papel de la CS frente a los conflictos de poderes o las crisis institucionales o los gobiernos de facto, el control judicial de las decisiones que adoptadas en procedimientos de destitución de magistrados, el ejercicio por parte de la CS de funciones discrecionales —con especial referencia al *certiorari*—, o el análisis específico de la jurisprudencia de la CS en ciertas materias vinculadas al control de facultades ejercidas por los restantes poderes (DNU, reglamentación de derechos, derecho a la verdad y derechos económicos sociales y culturales).

Esta situación replica en una gran cantidad de libros y de trabajos que encaran el análisis de los que se suele denominar “función política” del poder judicial o de la CS. Ello no tiene nada de malo, siempre que no se confunda la perspectiva del análisis que cabe aplicar en distintas situaciones. Análisis generales, como los citados, son de gran valor e importancia a la hora de describir y explicar el funcionamiento o la ubicación concreta de un tribunal en un sistema jurídico dado. Sin embargo, análisis semejantes serían de dudosa utilidad a la hora de considerar cómo deben proceder los tribunales al resolver un caso y, más específicamente, al controlar la constitucionalidad de una norma.

(6) “Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte”, ÁLVAREZ, Santiago (coord.), Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000.

II.3. A fin de intentar brindar alguna claridad en los temas que involucra este trabajo, de todo ese universo de situaciones con relevancia política de los tribunales o de la CS, parece posible —y conveniente— distinguir entre *funciones* —*competencias*— *políticas* y *efectos políticos* de las decisiones del tribunal o del poder judicial. Aunque debe tenerse también presente que ambas ideas requieren de concreciones posteriores pues sus alcances pueden ser muy distintos.

Las *funciones políticas* pueden ser identificadas con la función o competencia judicial contemplada en los arts. 116 y 117, CN, la cual permite que el tribunal emita decisiones que resuelvan conflictos concretos. En tanto buena parte de lo que hace la CS y los tribunales suponen el ejercicio de un poder estatal que impone comportamientos y conductas en una determinada decisión, no sería incorrecto afirmar que toda la actividad del poder judicial es, en ese sentido, política. Piénsese que la resolución de los conflictos entre los habitantes de un Estado fue siempre una de las atribuciones naturales de los reyes.

Por ello, hablar de “poderes políticos” con exclusiva referencia al Congreso y a la Administración, sin ser incorrecto pues se trata de una convención muy extendida, esconde o desdibuja la función política que, como órgano de gobierno, cumplen en forma necesaria los tribunales de la nación.

Algunos autores consideran que, de toda la actividad jurisdiccional, la específicamente “política” sería aquella vinculada con el control de constitucionalidad (7), o con ciertas mate-

(7) En este sentido, v.gr.: CAYUSO, Susana G., “La Corte Suprema y la vigencia del estado constitucional de derecho”, en ÁLVAREZ, Santiago, *Función política de la Corte Suprema*, ob. cit., ps. 99 y ss., en especial p. 102, donde identifica al control de constitucionalidad como el “núcleo esencial de la función política de la Corte Suprema”, y p. 117, donde se afirma que la CS “es un tribunal político cuya toma de decisión se manifiesta mediante una actividad jurisdiccional... El núcleo esencial de tal actividad jurisdiccional está configurado por el control de constitucionalidad”. En esa misma obra, Spota considera que el principio de supremacía contenido en el art. 31, CN, tomado del art. V de la Constitución de los Estados Unidos “encierra el poder político de la Corte Suprema”; precisamente “para cuidar la unidad y permanencia de la unión política que importa el Estado federal se dio el

rias o sentencias en un universo un tanto más amplio que el control de constitucionalidad (8).

Quizás se pueda destacar que esta visión, que al identificar función política con control de constitucionalidad parece demasiado estrecha, por cuanto existen conflictos que todos denominarían políticos en un sentido arquitectónico y que no involucran el control de constitucionalidad (conflictos electorales o entre dos provincias, etc.).

En otro sentido, se puede hablar de función política cuando la CS, ejerciendo función judicial o no, interviene en ciertas materias que tienen un contenido de relevancia para el sistema político. El sometimiento de las disputas electorales a los tribunales es un excelente ejemplo.

Asimismo, se podría considerar como función política de la CS a una actividad específica del tribunal, distinta de la función jurisdiccional.

poder político adecuado al Poder Judicial, procediendo a juridizar, bajo la forma de recurso extraordinario, la potestad política y la guarda política de la distribución de competencias en manos de la Corte Suprema”; “el recurso extraordinario es un recurso de esencia política, presentado y proveído jurídicamente” (SPOTA, Alberto A., “Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos”, en ÁLVAREZ, Santiago, *Función política de la Corte Suprema*, ob. cit., ps. 26-28). El difundido trabajo de Karl LOEWENSTEIN (“La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1964) adopta una postura similar.

(8) V.gr.: “hablamos de la Corte como órgano jurisdiccional y político, pues con sus sentencias constitucionales se expresa como poder que marca el límite a la voluntad discrecional del órgano ejecutivo y legislativo, muchas veces influenciado por intereses que no son los representativos de la comunidad”, y más adelante “entendemos la sentencia constitucional es el acto jurisdiccional y político que emitido por los órganos judiciales competentes resuelven controversias vinculadas con la aplicación, interpretación, protección, tutela preventiva, reparación e integración de derechos fundamentales contenidos en las cartas fundamentales (Constituciones) o en tratados de derechos humanos reconocidos por los Estados con igual jerarquía (Convenciones). De esta manera comprendemos no solo procesos vinculados al control de constitucionalidad de las normas, sino aquellos que persiguen la aplicación, protección y efectiva vigencia de los derechos fundamentales vulnerados” (TORRES TRABA, José María, “Las sentencias constitucionales como elemento político de la función jurisdiccional”, *JA* 2018-I, 1360).

Como ejemplo de estas funciones políticas se ha mencionado a la intervención de la CS en los conflictos interprovinciales, en cuyo caso tendría una función prioritariamente política y no jurisdiccional, la cual habría sido confiada a la CS a pesar de tratarse de cuestiones que no son propias de los jueces por esa especial naturaleza política de la decisión que deben adoptar (9).

Al tratarse de propuestas terminológicas, no se podría sostener *a priori* que alguna de esas alternativas sea correcta o incorrecta. Está claro que no todas las causas constitucionales son igual de relevantes, como tampoco lo son las causas penales. La utilización de categorías que las diferencien dependerá de la finalidad que se persiga a la hora de establecer la distinción. Lo que difícilmente pueda negarse es que los actos que lleva a cabo la CS, ya sea al ejercer la función judicial o al ejercer cualquier otra de las competencias asignadas por la CN tienen —o pueden tener— un gran impacto sobre el funcionamiento general de la sociedad, tanto en términos de política arquitectónica como de política agonal.

Lo anterior se vincula con los *efectos políticos* de las decisiones judiciales. Ya sea respetando la CN o apartándose de lo prefijado en sus normas, las decisiones de los tribunales tienen consecuencias políticas indudables. Esto se puede ver en forma clara cuando la CS ejerce, en el ámbito propio de sus funciones (arts. 116 y 117, CN) el control de constitucionalidad de una norma, pero lejos está de ser ese el único supuesto. Una causa penal que involucre a funcionarios públicos puede tener tanta o más relevancia “política” que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, y claramente en estos casos, los tribunales estarán llevando a cabo una actividad con inmensos efectos políticos a pesar de tratarse de una causa penal sin mayores complejidades jurídicas. Actos que carecen de naturaleza jurisdiccional, como las acordadas en las cuales la CS declara inaplicable una ley del Congreso tienen una enorme relevancia institucional, y también pueden tenerla en el ámbito de la política agonal.

(9) Cfr. DUGO, Sergio O., “La solución de los conflictos limítrofes interprovinciales. Un nuevo enfoque que nos imponen 180 años de vida independiente”, ED 139-895.

A su vez, cuando se habla de los *efectos políticos*, en ocasiones se lo hace realizando una valoración de las características que tuvieron los tribunales en tal o en cual momento y en otras solamente se procura describir cuáles fueron esos efectos. En cualquier caso, tratar en forma conjunta a las *funciones* de un tribunal o con los *efectos* de su actuación es una decisión semántica a primera vista inconveniente. Aun así, se trata de problemas que no forman parte de este trabajo.

Por último, junto a todas esas posibles aplicaciones del adjetivo “política/o” se encuentra un supuesto específico en el cual puede verse una estrecha interrelación entre la actividad de los tribunales y la actividad política de los restantes poderes. Es el caso de las “cuestiones políticas” o “cuestiones políticas no justiciables”.

A muy grandes trazos, se puede decir que al encontrarse frente a una cuestión política los jueces no pueden o no deben emitir un pronunciamiento que deje sin efecto la decisión —o la omisión— de alguno de Congreso o de la Administración. Sin embargo, dentro de esta categoría general se encuentran doctrinas muy distintas entre sí. Ellas serán abordadas a continuación.

### III. Las cuestiones políticas no justiciables en el derecho argentino

#### III.1. Las cuestiones políticas en la historia

La doctrina ha situado el origen de la doctrina de las cuestiones políticas como materia no justiciable en una declaración de tribunales ingleses emitida en 1460, con motivo del juicio promovido por el duque de York a fin de ser declarado legítimo heredero al trono. En esa ocasión, en plena guerra de las Dos Rosas, los jueces explicaron que no se atreverían a entrar en ningún conocimiento respecto a ello, porque incumbía a los lores del rey tener conocimiento en esas materias y mediar en ellas. Desde entonces los Tribunales anglosajones se han rehusado a dictar sentencias allí donde la materia a decidir pareciera inadecuada para el ejercicio de la función judicial (10).

(10) Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Plus Ultra, Bue-

Más allá de los ejemplos que podemos encontrar en distintos países durante la edad moderna, la idea misma de una cuestión política “no justiciable” solo parece adquirir un sentido más próximo al actual una vez que se admite la existencia de un Poder Judicial independiente del rey o del Parlamento, al cual se le asigna la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos de los restantes poderes, y ello solo comienza a ocurrir en forma generalizada a partir de fines del siglo XIX (11).

Es usual señalar que la primera mención relevante a ellas la encontremos en 1803 en “*Marbury vs. Madison*”, donde la USSC, al mismo tiempo que afirmaba su poder para declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, reconocía la presencia de cuestiones de naturaleza política, reservadas con exclusividad al Presidente, y sobre las cuales los tribunales no podrían jamás pronunciarse: “The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court” (12).

A pesar de la relevancia que puede presentar “*Marbury vs. Madison*”, tanto por su “cartel” como por haber sido enunciado en el seno de la USSC, resulta mucho más significativa, la descripción que hizo de esta doctrina el propio Marshall, en marzo de 1800, defendiendo ante el Congreso de los Estados Unidos la decisión del presidente Adams de extraditar a una per-

nos Aires, 1978, t. 3, p. 434.

(11) No desconocemos la existencia de valiosos antecedentes de jueces que actuaban como tercero con independencia del Rey, tal como ocurría con antiguo derecho de Aragón (CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 139-140). El antecedente sirve para advertir que la idea de un tercero imparcial e independiente que resuelve los conflictos hace a la esencia del proceso, fenómeno recorre buena parte de la historia de occidente.

(12) Lo cual llevó a Julio Oyhanarte a decir que la doctrina de las cuestiones políticas reconoce el más ilustre de los orígenes (“Cuestiones Políticas”, Ed. De Platense, 1992, tomado de OYHANARTE, M., Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus Obras, Buenos Aires, 2001, p. 745).

sona. En esa ocasión, quien luego fuera presidente de la USSC se refirió a la extradición como una cuestión que, aun cuando pueda ser considerada con atinente al derecho, no corresponde decidir a los tribunales sino al presidente de la Nación por ser “the sole organ of the nation” a cargo de las relaciones internacionales (13).

Esta doctrina tuvo una explicitación clara en “*Luther vs. Borden*” (14), donde la USSC decidió que correspondía al Congreso decidir si un Estado adoptaba o no la forma de gobierno republicano, así como los medios para garantizarlo, y que tal decisión no podía ser debatida en un tribunal de justicia.

En nuestro país, según recuerda Linares Quintana, la doctrina de las cuestiones políticas vio la luz por primera vez en una sentencia del Tribunal Superior de la provincia de San Juan del año 1861, es decir, treinta y dos años antes de que la

(13) 10 Annals of Congress, House of Representatives, 6th Congress, ps. 605 y ss. En especial ps. 612-3: “The gentleman from Pennsylvania and the gentlemen from Virginia have both contended that this was a case proper for decisions of the courts, because points of law occurred, and points of law must have been decided in its determination (...) When the gentleman has proved that these are questions of law, and that they must have been decided the President, he has not advanced a single step toward proving that they were improper for the Executive decision. The question whether vessels captured within three miles of the American coast, or by privateers fitted out in the American ports, were legally captured or not, and whether the American Government was bound to restore them, if in its power, were questions of law; but they were questions of political law, proper to be decided, and they were decided by the Executive, and not by the courts (...) If a murder should be committed within the United States, and the murderer should seek an asylum in Britain, the question whether the ‘casus foederis’ of the twenty-seventh article had occurred, so that his delivery ought to be demanded, would be a question of law, but no man would say it was a question which ought to be decided in the courts. (...) The parties were two nations. They cannot come into court to litigate their claims, nor can a court decide on them. Of consequence, the demand is not a case for judicial cognizance. The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations. Of consequence, the demand of a foreign nation can only be made on him. He possesses the whole Executive power. He holds and directs the force of the nation. Of consequence, any act to be performed by the force of the nation is to be performed through him”.

(14) 48 U.S. 1 (1849).

CS emitiera “Cullen vs. Llerena” (15). En tal ocasión, el máximo tribunal sanjuanino se inhibió de conocer en un juicio promovido con motivo de los sucesos que culminaran con el asesinato del gobernador Virasoro, al entender que “que la causa presente es de carácter político y está fuera del alcance del Poder Judicial, que debe llenar los objetos y deberes de una recta administración de justicia” (16).

En lo que hace a la CS, la primera mención a una cuestión política no justiciable la encontramos en el caso “Roque Pérez” (17) del año 1865. En él la CS debe analizar el planteo realizado por un representante de la provincia de Mendoza, ante el rechazo del Senado a los diplomas del senador designado por la Legislatura provincial. Si bien el tribunal, remitiendo a la opinión del procurador general, rechaza la presentación por haber sido efectuada como una consulta y no con como una demanda tendiente a resolver una controversia, *obiter* se agrega que “la consulta del Gobierno de Mendoza importa apelar ante la Corte Suprema de la resolución del 9 de marzo último; pero por el art. 56 de la CN, cada Cámara del Congreso Nacional es el único juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en este asunto, que la Constitución atribuye exclusivamente al Senado”. Hay aquí una versión de las cuestiones políticas muy similar a la que se popularizará luego en el siglo XX, es decir, aquellas cuestiones que no son justiciables por cuanto la propia CN reserva al juicio del Congreso o de la Administración.

Más allá de esos antecedentes, fue el caso “Cullen vs. Llerena” el que otorgó carta de ciudadanía a la doctrina de las cuestiones políticas. En este, el Tribunal consideró que no es justiciable un planteo sobre la validez de una intervención federal a la provincia de Santa Fe efectuado por las autoridades surgidas en el marco de una revolución.

(15) Fallos 53:420.

(16) Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, ob. cit., t. 3, p. 471.

(17) Fallos 2:253.

Durante buena parte del siglo XX, la CS efectuó una utilización más o menos asidua de las cuestiones políticas no justiciables; posiblemente el dato más saliente, y que podrá corroborarse al ver los casos concretos, sea la progresiva reducción del ámbito de aplicación de esta doctrina. En ese marco, es posible percibir que, a partir de la década de 1980, y en particular durante la década siguiente, la CS dejó de apelar a la doctrina de las cuestiones políticas, en casos donde rechazó el control de constitucionalidad, sin que tal abandono significara de inmediato un ensanchamiento de ámbito de revisión judicial. Lo que el Tribunal hizo fue acudir a lo que en “Marbury” y también en “Cullen vs. Llerena” se señaló como el impedimento de la falta de agravio como constitutivo de una cuestión política. Así, por la vía de la falta de legitimación activa por la ausencia de agravio concreto, la CS limitó el ámbito del control de constitucionalidad, sin que para ello fuera necesario utilizar la doctrina de las cuestiones políticas. Ejemplo paradigmático de ello es el caso “Polino” (18).

A pesar de esa detracción en el ámbito de aplicación de la doctrina, esta, con todos sus problemas e imprecisiones, sigue presente en las decisiones de la CS, tal como lo demuestra la sentencia de “Fernández de Kirchner”.

### III.2. Un primer acercamiento

En ese escenario, las valoraciones acerca de las cuestiones políticas no son menos disímiles, desde quienes las consideran “un anacronismo malsano en un Estado de Derecho” (19), hasta aquellos que entienden que “necesariamente hay y siempre habrá cuestiones que, por exigencias de raíz institucional, son insusceptibles de juzgamiento” (20). En cualquier caso, es correc-

(18) Se trata de un fenómeno que también se verificó en los Estados Unidos, tal como lo advierten distintos autores, v.gr., “prudence simply migrated from the political question doctrine to the law of standing” (TUSHNET, Mark V., “Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine”, 80 N.C.L.Rev. 1203-1235 —2002—).

(19) ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’”, *Ius et Praxis*, 2, Año 14, p. 273.

(20) OYHANARTE, Julio, “Cuestiones Políticas”, ob. cit., p. 754.

to afirmar que se trata de una doctrina harto caustica y polémica, de perfiles no muy nítidos y a menudo inasibles (21).

Es posible que buena parte de los problemas que perturban la jurisprudencia sobre cuestiones políticas, no reside en que los tribunales hayan politizado el derecho, sino en que, contrariamente a lo pretendido por el constitucionalismo, quizás nunca han podido regular la política de modo completamente exitoso (22).

En su voto al caso “Baker vs. Carr” (23), el juez Brennan afirmó que todo caso en el cual se sostiene que existe una cuestión política, se da alguna de las siguientes situaciones: (i) una asignación constitucional textualmente demostrable del tema a un departamento político; (ii) una ausencia de estándares manejables y verificables para resolver el tema; (iii) la imposibilidad de decidir el tema sin la determinación inicial de una política claramente discrecional y no judicial; (iv) la imposibilidad de que un tribunal resuelva en forma independiente, sin incurrir en una falta de respeto a los departamentos políticos; (v) una necesidad inusual de adherir sin cuestionamientos a una decisión política previa del Congreso o del ejecutivo; o, finalmente, (vi) la posibilidad de escándalo o desconcierto por múltiples pronunciamientos de distintos departamentos de gobierno sobre la misma cuestión (24).

(21) HARO, Ricardo, “Control de constitucionalidad”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2008, 2ª ed., p. 142.

(22) SEIDMAN, Louis M., “The Secret Life of the Political Question Doctrine”, 37 J.Marshall L.Rev. 441-480 (2004).

(23) 369 US 186 (1962).

(24) “Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”.

La variedad de situaciones enumeradas por Brennan son un buen motivo para volver a los problemas de terminológicos e intentar brindar algún tipo de precisión a la idea de cuestiones políticas no justiciables. En los apartados siguientes se propondrán algunas alternativas para encauzar el manejo de las cuestiones políticas.

### III.3. Nuevamente el problema de las palabras

Incluso luego de que se la despeja de otras ideas afines, como la de funciones políticas o de los efectos políticos de las sentencias judiciales, en análisis de las cuestiones políticas no justiciables presenta problemas muy marcados. Por un lado, las razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en aquellos casos que denominan “cuestiones políticas” son de muy variada índole, y constituyen uno de los ámbitos más complejos y confusos del derecho constitucional; en él se advierte, además, un alto grado de discrecionalidad judicial en la elección de lo que ingresará por el umbral de los tribunales y lo que quedará fuera de ellos (25). Lo anterior se ve agravado por la utilización de una terminología imprecisa, tanto en la doctrina como en la misma jurisprudencia (26).

A las dificultades anteriores, en la República Argentina se le agregan las dificultades provenientes de los diferentes enfoques que, sobre esta misma cuestión, se han realizado en distintos ámbitos del derecho público. Se ha explicado sobre este aspecto que mientras los constitucionalistas se han referido a las cuestiones políticas en el plano de la teoría constitucional sin apreciar la necesidad de distinguir o al menos calificar tal grupo de actos, en relación con el acto administrativo, los administrativistas clásicos acudieron a la teoría francesa de los actos de gobierno, la cual responde a un sistema jurídico diferente al nuestro (27).

(25) Cfr. BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., t. 2, p. 149.

(26) Cfr., AMAYA, Jorge A., “Control de constitucionalidad”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 190-1. Se trata de un ámbito en el cual la comunicación jurídica tiene lugar en un escenario en el cual prevalecen los malentendidos (CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 187).

(27) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”, ob. cit., p. 193.

En un influyente trabajo de 1976, Louis Henkin se preguntaba si existía una doctrina de las cuestiones políticas y, en su caso, si ella era necesaria (28). Ambas preguntas parecen tener una respuesta negativa. Por un lado, el término “cuestiones políticas” ha sido utilizado con diferentes alcances y en situaciones completamente disímiles, lo que hace pensar que no existe una doctrina de las cuestiones políticas; en el mejor de los casos, existirían varias. Y, como se verá a lo largo de este capítulo, las distintas versiones de la doctrina de las cuestiones políticas resultan innecesarias o improbables.

Lo dicho no implica que todos los actos de los restantes poderes puedan ser sometidos a un control de similar intensidad o que no existan materias cuya decisión haya sido otorgada —al menos en ciertos aspectos— de modo exclusivo a alguno de ellos, sino que para explicarlo no se requiere ninguna doctrina especial y, mucho menos, una teoría de que justifique la existencia de materias o actos inmunes al control de constitucionalidad.

Para intentar dar sustento a esas palabras, se abordarán primero cuatro sentidos con los cuales puede —y suele— utilizarse la idea de “cuestiones políticas no justiciables”, para luego, finalmente, procurar exponer los motivos por los cuales estamos frente a una doctrina puramente retórica y vacía de contenido o, de no ser así, su utilización hace referencia a una posibilidad incompatible con el Estado de derecho y, en definitiva, con la promesa básica del derecho como forma de racionalizar el poder.

### III.3.a. Las distintas cuestiones políticas

En la República Argentina distintos autores han alertado acerca de la multivocidad de los términos “cuestiones políticas” y de una serie de términos y doctrinas relacionadas, muchas veces superpuestas o contradictorias (“facultades privativas”, “actos de gobierno”, “actos institucionales”, etc.). Tal como se verá de inmediato la CS no ha podido escapar a esta aglomeración de términos y de significados, y la idea de “cuestiones políticas” han sido utilizadas con distintos sentidos por el tribunal.

(28) Cfr. HENKIN, Louis, “Is There a ‘Political Question’ Doctrine?”, 85 Yale L.J. 597.

En líneas generales, las cuestiones políticas no justiciables se vinculan con la idea de que la función judicial y en especial el control de constitucionalidad, pueden encontrarse frente a situaciones en las cuales al juez le está vedado emitir un pronunciamiento. Esta idea general es de una notable amplitud y merecerá una gran cantidad de aclaraciones y distinciones. Esa es la finalidad de los siguientes apartados.

A tal fin, se distinguirá entre cuatro formas distintas en las cuales suele ser utilizado el término “cuestión política”. En primer lugar, se verá a la cuestión política como un concepto prejurídico, en el cual el juez se pregunta si debe ajustar su proceder a lo que dispone el derecho. En segundo lugar, la cuestión política será analizada como un sinónimo de validez constitucional. En tercer lugar, se considerarán aquellas situaciones en las cuales la idea de cuestión política no justiciable se identifica con la ausencia de caso judicial y, por último, se considerarán aquellas situaciones en las cuales la idea de cuestión es utilizada como un óbice para el control de constitucionalidad incluso frente a la existencia de un caso judicial concreto y actual (29).

### III.3.b. La cuestión política como concepto prejurídico

Una primera posibilidad acerca de las cuestiones políticas es la de ver en ellas un fenómeno prejurídico. Es decir, una situación en la cual la pregunta no se dirige a determinar qué es lo que establece el derecho, sino más bien a considerar si, cualquiera fuese la solución que prevea

(29) De la Riva sugirió una distinción parcialmente similar, tras advertir que en la mayoría de los casos en los cuales la CS utilizó la idea de cuestión política, habría bastado con observar que se verificaban alguna de las siguientes posibilidades: a) que no se estaba ante un caso o controversia; b) que el actor carecía de legitimación; c) que la decisión sometida al conocimiento de los tribunales pertenecía al ámbito propio de la discrecionalidad del Congreso o del poder ejecutivo, sumando a esos supuestos la de actos no justiciables por lo que denomina “sustancia política” (de la RIVA, Ignacio M., “El control de las denominadas cuestiones políticas”, en Cuestiones de control de la administración pública: administrativo, legislativo y judicial, Universidad Austral, 2010, ps. 584 y ss.). La clasificación que se utiliza en este trabajo ha seguido en forma parcial la sugerida por Henkin en el trabajo citado (“¿Is there a Political Question Doctrine?”, ob. cit.).

el ordenamiento jurídico, el juez debe resolver de acuerdo con este.

Louis Seidman, en un trabajo en el cual distingue distintas ideas o conceptos de “cuestiones políticas” identifica lo que llama *secret political question doctrine*. Se trata de una categoría no es de naturaleza jurídica, sino más bien política, y responde a un postulado mucho más radical que los anteriores; en virtud de esta doctrina siempre, incluso cuando la cuestión constitucional tiene una respuesta clara, los tribunales debe preguntarse si deben acatar o no esa respuesta. Afirma el autor que “incluso si existe una respuesta clara a la cuestión constitucional planteada, los tribunales siempre deben decidir si ellos deben acatar esa respuesta. La aplicación de esta doctrina de las cuestiones políticas no puede ser determinada por un análisis jurídico porque ella refiere a una pregunta previa acerca de la obligatoriedad de ese análisis jurídico” (30).

En esta categoría, si bien es muy cercana a la indicada en el apart. III.3.e y bien podría considerarse en forma conjunta, la idea de político como algo distinto del derecho adquiere aquí su contorno más extremo (31). Un buen ejemplo

(30) SEIDMAN, Louis Michel, “The Secret Life of the Political Question Doctrine”, 37 J.Marshall L.Rev. 441-480 —2004—. El autor identifica tres clases de doctrinas políticas. Una de ellas, a la cual denomina “falsa” cuestión política, está integrada por las decisiones que no presentan agravios constitucionales. En estos casos, decir que una cuestión es política equivale a decir que el órgano político actuó dentro del margen de sus competencias, sin trasgredir ninguna norma constitucional. En segundo lugar, con la denominación de cuestiones políticas se hace referencia a aquellas situaciones en las cuales la Constitución ha colocado en cabeza del Poder Ejecutivo o del Congreso la interpretación final del significado de una disposición constitucional. Como bien advierte el autor citado, esta segunda categoría rápidamente puede confundirse con la anterior (con sinónimo de validez constitucional) o con la siguiente categoría, es decir, la “secret political question doctrine”.

(31) En otros acercamientos a esta cuestión la categoría ha sido fusionada con la última categoría (“Recurso extraordinario federal” —Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010—; “Teoría y práctica del control de constitucionalidad”, Ed. BdeF, Buenos Aires - Montevideo, 2016), sin embargo, aquí hemos entendido que resulta conveniente distinguir ambas hipótesis por en esta ocasión la doctrina de las cuestiones políticas no se limita a materias en particular y puede ser aplicada a casos habitualmente

sería el caso del tribunal supremo de la provincia de San Juan al que hace referencia Linares Quintana y que ha sido mencionado en el apart. III.1.

Cercano a este punto se podría colocar, quizás, la opinión de Oyhánarte. El autor, dos veces juez de la CS argentina, recuerda el conflicto generado en los Estados Unidos durante el *New Deal* para destacar las consecuencias negativas para el propio poder judicial que pueden derivar de intentar bloquear una determinada política pública que las autoridades políticas consideren esencial. “Parece lícito pensar que si los gobernantes tienen ante sí un fallo que invalida lo que ellos decidieron sobre una cuestión política vital —el estado de sitio, por ejemplo, o el recurso a las Fuerzas Armadas para combatir la subversión terrorista— lo más probable es que desconozcan ese fallo y suja así un conflicto hondamente perturbador que, por una u otra vía, terminará sin duda con la derrota del poder más débil” (32).

Esta doctrina puede adquirir un enfoque descriptivo, y ser utilizada para indicar que existen situaciones en las cuales la presión de los departamentos políticos o de otros factores de poder finalmente se imponen a la voluntad de los jueces, quienes finalmente se ven obligados a actuar apartándose del derecho dejar de resolver casos propiamente judiciales, ya sea por temor a las represalias de otras autoridades o porque estiman que no podrán hacer cumplir su decisión. Este tipo de situaciones puede darse con independencia de la materia que esté en juego.

La versión descriptiva de esta doctrina puede ser, de modo ocasional, una observación correcta de la realidad que a nadie debe sorprender. El derecho, y en particular el derecho constitucional, es un intento por limitar la arbitrariedad del poderoso y colocar incentivos para que resulte más conveniente a los operadores jurídicos ajustar su conducta a reglas preexistentes. Pero, como todo intento, no siempre exitoso. Precisamente para evitar —o limitar— ese tipo de disyuntivas los jueces cuentan con una serie

considerados justiciables (el homicidio de Virasoro vuelve a ser un gran ejemplo).

(32) OYHANARTE, Julio, “Cuestiones no justiciables”, ob. cit., ps. 747-748.

de garantías nada menores, como la inamovilidad en el cargo y la intangibilidad de las remuneraciones (art. 110, CN). Aun así, en momentos de gran degradación del sistema constitucional, es muy posible que esas garantías no sean suficientes y los jueces se vean en la disyuntiva de dejar de aplicar el derecho o correr el riesgo de sufrir consecuencias graves.

Hasta allí no habría más que la descripción de una eventual realidad que no se vincula necesariamente con el control de constitucionalidad (podría estar mucho más presente en las causas penales) y cuya relevancia jurídica parece limitada en términos de teoría jurídica. Se trata más bien de una descripción sociológicamente relevante como insumo para futuras reformas.

Pero junto a esa versión descriptiva, esta teoría puede adquirir una formulación distinta y dejar de ser utilizada como una explicación de algo que ocurre, para pasar a referir a la pregunta sobre la necesidad o no de resolver conforme a derecho como un interrogante que *deben* llevar a cabo los jueces antes de resolver una causa y, especialmente, una causa que involucre cuestiones constitucionales.

En esta versión normativa, la pregunta de si los jueces deben respetar el derecho o deben apartarse de él por motivos “políticos” es el tipo de interrogantes que el constitucionalismo pretender erradicar del debate jurídico. Todo aquello que hace o deja de hacer una autoridad pública, y muy especialmente el juez, debe estar prefigurado en normas previas, las que dejan un mayor o menor ámbito para la discrecionalidad, pero no para su consideración y aplicación. Lo discrecional es un ámbito siempre compatible con el derecho y nunca la decisión de apartarse o no del ordenamiento jurídico. Prescindir de esta exigencia es perfectamente posible, pero al costo de dejar de lado una de las bases jurídicas sobre las que pretende construirse la convivencia humana.

### III.3.c. La cuestión política como acto ajustado a derecho

Otra formulación de las cuestiones políticas es aquella en la cual los jueces, analizando el caso que se les trae a análisis y llegan a la conclusión de que la decisión adoptada por los res-

tantes poderes se encuentra dentro del ámbito de sus competencias y que, por lo tanto, la decisión es “política”.

En este caso, las cuestiones políticas pueden ser presentadas de distinta manera, pero en todos los casos existe un pronunciamiento concreto del tribunal, por el cual se sostiene que la CN asigna la competencia específica a uno de los restantes poderes (33). Nótese que, en un sentido amplio, también la decisión del tribunal decidiendo que el Congreso o presidente tienen competencia exclusiva sobre una determinada materia es una decisión “política” en el sentido de determinar o reconocer el ámbito constitucional propio de cada poder.

#### *i) La cuestión política como una competencia constitucionalmente atribuida al Congreso o al presidente*

Una forma habitual en la cual se utiliza la doctrina de las “cuestiones políticas” se encuentra cuando los tribunales, luego de analizar un el planteo constitucional, llegan a la conclusión de que el órgano estatal (Administración o Congreso) no ha actuado fuera del ámbito de sus competencias, y que la decisión cuestionada es, en definitiva, una de las distintas alternativas que válidamente podía tomar la autoridad dentro del margen brindado por el ordenamiento jurídico.

Desde esta óptica, escoger una opción u otra es algo que la CN no ha puesto en cabeza de los jueces, sino de otros departamentos del Estado, por lo tanto, la valoración de esa decisión es una *cuestión política no justiciable*.

Se puede ver en los repertorios de la CS que el terreno de las conveniencias es extraño al poder judicial, estando limitadas sus facultades a aplicar las leyes y reglamentos, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes

---

(33) En un sentido similar, Choper define a la cuestión política como: “a substantive ruling by the Justices that a constitutional issue regarding the scope of a particular provision (or some aspect of it) should be authoritatively resolved not by Supreme Court but rather by one (or both) of the national political branches” (CHOPER, Jesse H., “The Political Question Doctrine: Suggested Criteria”. Duke Law Journal, 6, vol. 54, 2005, ps. 1457-1461, [www.jstor.org/stable/40040515](http://www.jstor.org/stable/40040515), último acceso: 10/06/2020).

a la Constitución (34); que los gobiernos tienen facultades legislativas en la medida necesaria para gobernar y la determinación de esa necesidad en cuanto a la extensión y oportunidad es cuestión política ajena a las atribuciones del poder judicial, al que corresponde, sin embargo, ejercer el control de constitucionalidad con respecto al contenido de las normas provenientes de dicho gobierno del mismo modo que si hubieran emanado de uno legalmente establecido (35).

Del mismo modo se ha afirmado que la mayor o menor conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes de personal, constituye una decisión de política no revisable en sede judicial por estar limitado el control jurisdiccional de los actos administrativos a los aspectos vinculados con su legitimidad (36); o que las decisiones del poder ejecutivo en materia de política salarial, adoptadas en virtud de una ley que lo habilita al efecto, sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial (37). En sentido análogo se indicó que la facultad del poder ejecutivo de aceptar o rechazar la renuncia de un magistrado sometido al procedimiento del juicio político, integra el ámbito de cuestiones políticas no justiciables y, en tal sentido, la no aceptación de aquella importa un acto de apreciación institucional que tiene relación directa con los fines constitucionales que motivaran la inclusión del procedimiento de remoción (38).

También ha expresado la CS que el poder judicial no puede erigirse en juez de la condición de reciprocidad para negarse a aplicar un tratado, ya que la apreciación de aquella circunstancia y de las consecuencias que su configuración o ausencia pueden generar en el campo de las obligaciones internacionales en juego, constituye una atribución política del poder ejecutivo nacional, en consonancia con las cláusulas

constitucionales que confían a este el manejo de las relaciones exteriores (39).

En todos estos casos, se ve rápidamente que la utilización del término “cuestiones políticas” hace referencia al ejercicio regular de facultades que la CN ha colocado a cargo de los restantes poderes. No se trata de conductas inconstitucionales y, mucho menos, de situaciones exentas del control de los magistrados (40).

Lejos de ello, si el Congreso determinó la existencia de razones de utilidad pública para proceder a la expropiación de un bien, la sentencia que rechaza una demanda contra esa ley del Congreso estará reconociendo que este actuó dentro del margen fijado por la CN.

En esta formulación, en cierta medida tradicional, de la doctrina de las cuestiones políticas, procura deslindar aquellos aspectos que la CN reserva al Congreso o al Poder Ejecutivo, de las situaciones concretas que, por estar en juego los derechos de las personas, no pueden ser sustraídas del control constitucional (41). Por lo

(39) Fallos 328:3193.

(40) Utilizando palabras de Rosatti, puede decirse que “en un contexto republicano las decisiones eminentemente políticas (en tanto prudenciales) tienen previstos mecanismos de control también político (v.gr.: interpelación, juicio político), y en cuanto a las decisiones inconvenientes (no las antijurídicas) resueltas por los poderes políticos, esas deben ser corregidas por el pueblo en los comicios y no por los jueces en sus sentencias” (ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II, p. 483).

(41) Sosteniendo este tipo de teorías puede encontrarse, por ejemplo, a Linares Quintana, para quien “La no justiciabilidad de las cuestiones políticas no debe dar lugar a equívocos. Lo que escapa de la competencia del poder judicial es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política —más concretamente, del Juicio de prudencia política—, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia (...) La no justiciabilidad de las cuestiones políticas, reducida a sus adecuados y exactos límites, y sin que impida el conocimiento por los tribunales de las proyecciones de aquellas sobre los derechos constitucionales de los individuos, resulta una consecuencia necesaria del principio de la separación de los poderes, justificadamente reputado como nota esencial del Estado democrático constitucional y como insustituible baluarte de la libertad humana. En efecto, dentro de este sistema institucional, el proceso político y su coro-

(34) Fallos 23:37.

(35) Fallos 208:184.

(36) Fallos 310:2927, 312:1371.

(37) Fallos 320:976.

(38) Fallos 336:2404.

tanto, más que de un óbice al control de constitucionalidad, en estos casos estamos frente a un ejercicio regular de la función judicial, la cual

namiento, la decisión política —que comporta un juicio de valor orientado por la prudencia política— han sido lógicamente atribuidos, en forma exclusiva, a los poderes políticos —el legislativo y el ejecutivo—; mientras que la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares, administrando justicia, y, sobre todo, el control de la constitucionalidad —funciones específicamente jurídicas— han sido también lógicamente asignados al poder judicial: el poder judicial (...). Las cuestiones políticas no son justiciables simplemente porque comporten el ejercicio de facultades privativas de los poderes políticos, sino, fundamentalmente, porque implican un juicio de valor en función de la prudencia política, propio y exclusivo de los poderes políticos e impropio del poder judicial que es el judicial. Es al Congreso y al presidente a quienes corresponde evaluar la conveniencia o inconveniencia, la oportunidad o inoportunidad y en general todo lo concerniente al bien común de los habitantes. De allí que los tribunales no podrían declarar la inconstitucionalidad de una ley fundándose en tales juicios de valor. Lo contrario allanaría la separación de los poderes, alterando el equilibrio entre estos, y constituiría al poder judicial en un superpoder al cual estarían subordinados los poderes restantes. Es decir, que desaparecería una de las notas definitorias del gobierno democrático constitucional” (LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, ob. cit., t. 3, ps. 508-510). Hasta allí, parece claro que al hacer referencia a cuestiones políticas no estamos frente a ninguna categoría específica en materia de control de constitucionalidad. Solo se trata de reconocer que la Constitución colocó en cabeza de los restantes poderes determinadas competencias y que su ejercicio no puede ser modificado por juicios de oportunidad y conveniencia de los tribunales, pues la transgresión constitucional sería cometida por el juez, al arrogarse una competencia que no lo ha sido atribuida. Sin embargo, luego el autor efectúa una mención que parece ampliar el ámbito de este tipo de cuestiones; concretamente, afirma que “las eventuales violaciones de la Constitución configuradas por las cuestiones políticas no justiciables, si bien escaparían al control judicial, generarían la responsabilidad política de los titulares de los poderes políticos autores de los actos violatorios, la cual, fundamentalmente, es hecha efectiva por el pueblo de la Nación en los comicios” (ibidem). Esta última afirmación parece admitir la existencia de transgresiones constitucionales que quedarían exentas del control de los magistrados, lo que parece extender considerablemente el ámbito de aplicación de esta doctrina. Si bien no se explica del todo cuáles serían esas transgresiones, en caso de que se refiera a situaciones en las cuales existe una transgresión constitucional, pero nadie afectado por ella y, por lo tanto, no exista un caso judicial, nos remitimos al apartado siguiente. En cambio, si de lo que se trata es de aceptar que ciertos casos judiciales no puedan ser resueltos sobre el fondo debido a criterios de prudencia

se limita a reconocer que una determinada decisión ha sido tomada por el departamento político dentro del marco de atribuciones asignado por la CN. En los términos utilizados por la CS, es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una cuestión política inmune al ejercicio de la jurisdicción (42).

Esta doctrina sería, en definitiva, un reconocimiento de lo ya expuesto por Varela en “Cullen c. Llerena”, en el sentido de que “las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma”. Si ese conflicto existiese, Varela nos indicaría que “siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”.

Esta acepción del término “cuestión política” no está situada en un estadio previo al derecho, sino que se encuentra en el propio ADN de la labor judicial decidir, a la hora de resolver un caso concreto, cuál es el ámbito reservado a los restantes poderes y cuándo existe un límite jurídico que ha sido transgredido por la medida cuestionada. Nótese que aquí, a diferencia de cualquier otro de los supuestos, existe una sentencia sobre el fondo de la cuestión; el tribunal analiza el ejercicio de una determinada competencia por parte del Congreso o del Poder Ejecutivo y llega a la conclusión que no se ha apartado del ordenamiento jurídico.

A pesar de que esta categoría de cuestiones políticas no presenta mayores problemas en materia de control de constitucionalidad, en ella se desenvuelve uno de los debates más importantes y actuales en materia de teoría constitucional y filosofía del derecho, como lo es la

política, la hipótesis quedaría alcanzada por lo que denominamos dejando así sin remedio la violación a derechos constitucionales, intentaremos brindar a una respuesta negativa a esta hipótesis en el apart. III.3.e.

(42) Fallos 316:972, 321:3236, 322:2370, 324:3358, etc.

de establecer y deslindar los márgenes de actuación de los poderes ejecutivo y legislativo (43).

ii) *El acto institucional*

Dentro de esta idea de las cuestiones políticas como actos ajustados al derecho, algunos autores procuran construir una sistematización que dé cuenta de esta atribución de competencias que, con diferente intensidad, pero siempre en el marco del derecho, efectúa la CN.

Tal es el caso de Cassagne, quien continúa y ajusta la doctrina del acto institucional elaborada por Marienhoff, para elaborar un concepto de *acto constitucional no justiciable*, a fin de explicar situaciones en las cuales se reduce la densidad del control judicial y se obtura la posibilidad de legitimar a afectar indirectos o difusos, pero permitiendo, en todos los casos, que cualquier sujeto afectado en forma directa pueda acudir a la justicia para obtener el restablecimiento de sus derechos, cuando el acto lesivo conculque una prescripción constitucional o legal. En este último caso, el control de constitucionalidad alcanzará no solo al acto de ejecución, sino también al acto político que le sirve de antecedentes (44).

(43) El mayor riesgo a las facultades del Congreso y del poder ejecutivo no proviene de la eliminación de la categoría de las cuestiones políticas, sino de la adopción de posiciones jusfilosóficas que, en los hechos, permiten que toda decisión “política” pueda ser dejada sin efecto por un juez con el argumento de que existía una alternativa mejor. Ello puede verse muy fácilmente en algunos fueros en particular; el lector podrá colocar aquí sus ejemplos.

(44) CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”, ob. cit., p. 210. A fin de exponer de modo más prolijo la posición de este autor, cabe transcribir algunos de los párrafos más salientes de su explicación: “... la regla general es que, en principio, todos los actos emanados de los poderes Ejecutivos y Legislativos son justiciables... al lado de los actos administrativos que son la mayoría, coexisten una serie de actos regidos predominantemente por el Derecho Constitucional que poseen características propias con diferentes modalidades en el régimen de control judicial, que los distinguen entre ellos... a) se trata de actos privativos del Congreso o del Presidente, que surgen de preceptos constitucionales expresos (v.gr., declaración de estado de sitio o intervención federal a las provincias, art. 75, incs. 29 y 31, CN); esas potestades privativas se ejercen en el marco de las relaciones intrapoderes... o en el plano internacional... y c) consecuentemente, no generan efectos directos sobre las personas

Esta es, también, una tesis que propugna la regla plena justiciabilidad de los actos “políticos”, pero con límites estrictos a la hora de exigir la configuración del caso y los consiguientes alcances de la decisión.

Al rechazar la presencia de cuestiones políticas exentas del control judicial, no se pretende negar que existen valoraciones y decisiones reservadas al Congreso o a la Administración y que, salvos casos de irrazonabilidad clara, no pueden ser objeto de control judicial. En estos casos, el control judicial existe, pero se limita a constatar que la decisión haya sido tomada dentro del ámbito —más o menos amplio— que la Constitución reservó a los restantes poderes. Se trata, insistimos, de un problema que toca algunas de las fibras más sensibles de nuestro régimen constitucional.

Precisamente una de las características que determinan el balance del poder entre los distintos departamentos del Estado, está dada por el margen de actuación que se dejará a los restantes poderes y, como anverso de la medalla, cuán importante podrá ser la discreción de la que gozan los jueces a la hora de escoger soluciones que consideren más adecuadas. Se trata, sin embargo, de una cuestión distinta a la que se aborda en esta ocasión (45).

La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en considerar que en todo acto del Congreso o de la Administración coexisten ámbitos de actuación librados al arbitrio del funcionario o del cuerpo legislativo con límites jurídicos cuya transgresión habilitaría la declaración ju-

o particulares ni lesionan, por tanto, sus derechos e intereses jurídicos. La característica descriptiva de estos actos constitucionales interapoderes es que ellos no son directamente justiciables. Su juzgamiento opera a través de los actos administrativos que los ponen en ejecución y nada impide que, en tales casos, los jueces se pronuncien sobre la constitucionalidad de la causa antecedente del acto administrativo de ejecución, aun cuando sus efectos se limitan a quienes fueron parte de la controversia...” (ibidem, ps. 208-209).

(45) Se han efectuado algunas menciones sobre los márgenes de actuación de los restantes poderes frente al Poder Judicial y las dificultades constitucionales de este problema en LAPLACETTE, Carlos José, “Recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia”, ob. cit., ps. 116-121.

dicial de inconstitucionalidad (46). Pero no hay en ellos ninguna transgresión constitucional ni ninguna limitación al ejercicio del control de constitucionalidad. Parece asistir la razón, entonces, a quienes consideran que esta es una “falsa” doctrina de cuestiones políticas no justiciables (47).

Desde esta perspectiva, la doctrina de las cuestiones políticas, si no es “falsa”, es cuanto menos innecesaria. La cuestión traída a juicio será perfectamente justiciable, y el resultado de ese juicio será que la conducta o acto que se somete a consideración no son incompatibles con la CN. Para resolver de ese modo y rechazar el planteo llevado a conocimiento del poder judicial, no se necesita ninguna doctrina específica.

---

(46) Solo a título de ejemplo: “en cualquier acto estatal siempre habrá ámbitos normados y otros librados al arbitrio político (zonas regladas y otras discrecionales), más que de ‘cuestiones políticas’, creemos necesario hablar de ‘aspectos políticos’ de las atribuciones ejercidas por los órganos estatales. Siempre habrá un margen, amplio o pequeño para el arbitrio político, que se sustenta en un plano de libertad opcional dentro de un marco legal permisivo. De allí que la función judicial sea *secundum legem*, mientras que la función propiamente política, sea *secundum arbitrium*” (HARO, Ricardo, “Constitución, poder y control”, UNAM, 2004, p. 174). Esta última mención de Haro remite a la distinción entre el deber judicial de resolver las causas de acuerdo con derecho y la posibilidad del Rey o del Parlamento de resolver de acuerdo con su voluntad, deber del cual luego derivó el control de constitucionalidad (cfr. HAMBURGUER, Philip, “Law and Judicial Duty”, Harvard University Press, 2008, *passim*). En forma gráfica, Bianchi destaca que muchos actos del Congreso o de la Administración tienen, como el dios Jano, dos caras: una alcanzada por el control judicial y otra no (cfr. BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, *ob. cit.*, t. 2, p. 277).

(47) Cfr. SEIDMAN, Louis Michel, “The Secret Life of the Political Question Doctrine”, *ob. cit.* Vanossi, p. ej., luego de destacar las imprecisiones terminológicas que rodean la cuestión, entiende que no tiene prosélitos la tesis de la justiciabilidad si se invocan las cuestiones políticas como marco de referencia de atribuciones de los llamados “poderes políticos”; distinto es el caso, que aquí veremos en tercer lugar, de entender a la cuestión política como a un conjunto de casos emergentes de la dilucidación de conflictos sobre derechos presuntamente lesionados por la comisión de actos políticos o de actos ejecutados en función de atribuciones políticas de los poderes ejecutivo y legislativo del Estado (VANOSSI, Jorge R., “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 2ª ed., t. II, ps. 182-183).

### III.3.d. La cuestión política como sinónimo de ausencia de caso judicial

Para comprender adecuadamente el alcance de esta categoría es necesaria una advertencia previa acerca del sentido con el cual se utiliza la idea de caso judicial. En un sentido *estricto*, el “caso” en los términos del art. 116, CN requiere que exista una controversia real, que no sea prematura ni haya devenido abstracta y que tenga lugar entre partes con intereses contrapuestos (conflicto real + actualidad + legitimación activa y pasiva).

Esta idea de caso judicial se complementa, en ocasiones, con un requisito negativo: que exista un caso y que no se trate de una cuestión política no justiciable. A esta última versión podemos llamar caso en sentido *amplio* (conflicto real + actualidad + legitimación activa y pasiva - cuestión política) (48).

Los ejemplos de “cuestiones políticas” que se citan en este apartado son aquellos en los cuales la CS a utilizado esa noción para desestimar planteos que no reunían los requisitos propios de un caso judicial *en sentido estricto*, es decir, cuando no existía una controversia concreta, actual y llevada a cabo por quienes cuentan con legitimación procesal para ello.

Por ejemplo, para rechazar la legitimación de los ciudadanos o de los contribuyentes como título suficiente para cuestionar una determinada decisión en materia de gasto público, se afirma en forma reiterada que la protección de aquellos, dada su base potencialmente amplia es, precisamente, el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el poder judicial (49).

En “Constantino, Lorenzo” (50), frente al planteo de un particular que, en su carácter de

---

(48) Más adelante se explicarán los motivos por los cuales se considera inconveniente esta noción amplia de caso judicial.

(49) Fallos 326:1007.

(50) Fallos 307:2384.

ciudadano, solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile, así como de la ley de su aprobación, la CS consideró que, frente a la ausencia de legitimación, no está en la órbita del poder judicial la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por el Congreso o por el presidente. Algo similar ocurrió en el caso “Polino” (51), donde se rechazó la legitimación de los legisladores para impugnar la ley que declaraba la necesidad de reforma, afirmando que ese requisito impedía que la actividad del tribunal se dilate hasta adquirir las características del poder legislativo.

Bianchi distingue este supuesto de cuestiones políticas de los restantes y las denomina *cuestiones políticas funcionales*; ellas estarían motivadas por la ausencia de legitimación en quien efectúa el planteo y las ejemplifica con el caso “Polino” (52). Se comparte en buena medida la distinción propuesta por Bianchi, extendiéndola a todas aquellas situaciones en las cuales la CS considera que está frente a una “cuestión política” porque no existe caso judicial en sentido estricto.

Aquí tampoco resulta necesario recurrir a la doctrina de las cuestiones políticas; el poder judicial no dictará sentencia sobre el fondo de la cuestión porque no está frente a una causa en los términos del art. 116, CN, y para así decir basta con recurrir a los distintos elementos de la doctrina de caso judicial entendida en un sentido estricto (controversia real, legitimación y actualidad del planteo), mucho más específica y concreta que una mención a las “cuestiones políticas no justiciables” (53).

(51) Fallos 317:335 (1994). La lectura de los distintos votos del fallo permite advertir los distintos alcances con los cuales es utilizado el término “cuestiones políticas”, incluida una acertada crítica de Nazareno, quien habla de “la inconveniencia de tan vaga e imprecisa denominación” (consid. 6°).

(52) BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, ob. cit., t. 2, ps. 277-8.

(53) A ello se le suma que, incluso en una versión amplia de la idea de caso (que incluya el concepto de cuestión política como un requisito negativo), ella no serviría para definir lo que es un acto justiciable. Por el contrario, afirmar que se trata de una cuestión política porque no

### III.3.e. La cuestión política como límite jurídico al control de constitucionalidad

III.3.e.1. Finalmente, una última acepción de los términos “cuestión política no justiciable”, está dada por aquellos supuestos en los cuales el Poder Judicial, frente a una controversia actual, planteada por quien considera que sus derechos se ven afectados como consecuencia de una conducta o de una norma claramente inconstitucionales, aun así, el Poder Judicial omite dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión, limitándose a afirmar que se encuentra ante una cuestión política. En estos casos, existe una idea de irrevisabilidad o invulnerabilidad judicial de la decisión adoptada por los restantes poderes, la cual se funda, antes que en el texto de la CN en razones de prudencia judicial.

La existencia de ciertas materias irrevisables ha encontrado eco en algunos precedentes de la CS. Un ejemplo se puede encontrar en el caso “Petrus SA de Minas” (54), donde una parte directamente interesada, denunciaba una infracción constitucional concreta. Se trataba de un tributo sancionado por el Congreso sin que el proyecto de ley tuviera a la Cámara de Diputados como Cámara de origen y, por lo tanto, sin respetar el procedimiento legislativo fijado por la CN. A pesar de estar frente a un caso judicial y a una conducta claramente inconstitucional, la CS rechazó el planteo del contribuyente, afirmando que el proceso de sanción de una ley es una cuestión política no justiciable.

Otro ejemplo donde esta acepción de la idea de cuestión política es todavía más clara se puede encontrar en “Merk Química Argentina SA” (55), donde se indicó que “... no cabe discusión alguna sobre la existencia y preexistencia de tales poderes de guerra, por cuanto los principios rectores de que están informados

hay caso, sería una petición de principios ya que lo que hay que determinar es, precisamente, en qué condiciones un determinado acto está exento de revisión por parte de los jueces y de allí deducir que no se está frente a un caso o causa judicial (CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”, ob. cit., p. 206).

(54) Fallos 210:855 (1948).

(55) Fallos 211: 162 (1948).

en la mira a la salvaguardia de la integridad e independencia nacional o salud y bienestar económico-social que significa uno de los objetos primarios de toda sociedad civil, son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución... no es del resorte del Poder Judicial juzgar y resolver sobre aquellas necesidades, los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados, desde el momento que el exclusivo poder autorizado para determinar sobre la procedencia o razonabilidad bélica de esas y otras medidas adoptadas en el curso del estado de guerra, es el mismo órgano de gobierno asistido de aquellas atribuciones insusceptibles de ser calificadas como judiciales”.

En estos casos, hablar de cuestión política no justiciable no es ocioso ni innecesario, la doctrina tiene aquí un sentido concreto y una importancia decisiva, ya que no existe otro motivo por el cual el Poder Judicial podría dejar de reconocer la existencia de una clara violación constitucional en perjuicio de una de las partes.

Desde esta óptica, la doctrina de las cuestiones políticas constituye un estatus de injusticiabilidad, destinado a amparar con la no revisión a ciertas determinaciones originadas en el poder ejecutivo y legislativo, así como también, a dar un *bill* de indemnidad a las consecuencias que resulten de esas mismas determinaciones (56).

Se explica que esta doctrina provee a los tribunales de técnicas para evitar decidir casos sobre el fondo de la cuestión planteada, cuando ello podría ser imprudente (57). Esta idea de “prudencia” se encuentra particularmente presente en esta versión de la doctrina sobre cuestiones

(56) VANOSSE, Jorge R., “Teoría Constitucional”, ob. cit., t. II, p. 192.

(57) TUSHNET, Mark V., “Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine”, ob. cit., p. 1204.

políticas no justiciables (58) y es, en buena medida, la justificación de su existencia (59).

III.3.e.2. Una forma más refinada o limitada de esta posición, es aquella que considera que el acto político no es justiciable, pero sí lo son sus aplicaciones concretas; esta doctrina ha sido particularmente aplicada con el estado de sitio.

La gravedad de la situación en la que encuentra justificativo la declaración del estado de sitio, junto con la atribución de competencia en otros órganos constitucionales, tanto para su declaración como para el dictado y ejecución de medidas en su consecuencia y la mención expresa del texto constitucional de que quedan “suspensas allí las garantías constitucionales”, parecen motivos relevantes para sostener, en un primer análisis, la dificultad de que los tribunales judiciales controlen la juridicidad de tales aspectos.

La jurisprudencia tradicional de nuestro país entendía que le estaba vedado a los tribunales ejercer un control de los actos dictados durante el estado de sitio. Sin embargo, esta doctrina recibió fuertes críticas desde diversos sectores. La modificación de la concepción restrictiva del control judicial comienza a darse en el año 1959 con el dictado de la sentencia en el caso “Sofía” (60).

(58) La idea de prudencia judicial también puede estar presente al analizar cuáles es el alcance de las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado y hasta dónde puede llegar la valoración judicial de la decisión de los restantes poderes, pero se trata de un ámbito de aplicación distinto, al cual nos hemos hecho referencia en el apart. X.

(59) En un trabajo de 1924, Maurice Filkelstein afirmaba que la doctrina de las cuestiones políticas “aplica a todas aquellas materias en las cuales los tribunales, en un momento dado, consideren que será impolítico o inoportuno asumir jurisdicción. A veces esa idea de inconveniencia resultará del temor a la vastedad de las consecuencias que la decisión sobre el fondo del litigio puede implicar. En ocasiones ella resultará de la sensación de que el tribunal es incompetente para tratar el particular tipo de cuestión que está involucrada. En otros casos, ella estará inducida por la sensación de que la materia es ‘demasiado elevada’ para el tribunal”. (FINKELSTEIN, Maurice, “Judicial Self-Limitation”, 37 Harv.L.Rev. 338, 339 —1924—).

(60) Fallos 243:504. Antes de ello, en “Alem” (Fallos 54:432 —1893—) la CS había controlado actos concretos dispuestos dentro de un estado de sitio, resolviendo que

En esa ocasión, con fundamento en la vigencia del estado de sitio, el jefe de la Policía Federal había negado a la Liga Argentina por los Derechos del Hombre la autorización para realizar un acto público tendiente a “analizar la situación imperante en el Paraguay, con relación a la vigencia de los derechos del hombre”. El caso llega a la CS quien, afirmó que encontrándose en vigencia la declaración del estado de sitio, el derecho de reunión está en suspenso. Asimismo, también expresó que una vez declarado por el Congreso el estado de sitio, acto al que se consideró político y no justiciable, los actos que Poder Ejecutivo adopte para efectivizarlo —entre ellos la prohibición de una reunión pública—, son actos administrativos cuya ejecución supone el ejercicio de facultades privativas y, en principio, no revisables judicialmente.

Sentado ese principio, la CS afirmó también que en el control judicial procedería frente a “casos estrictamente excepcionales”, los que dividió en dos grupos: a) si el Poder Ejecutivo utilizara la facultad de arrestar o trasladar personas en franca y ostensible transgresión de los límites constitucionales (por ejemplo, si se aplicara una pena o se negase el derecho de opción para salir del territorio argentino); y b) cuando la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio sea clara y manifiestamente irrazonable, es decir, cuando ellas impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23, CN. Tal cosa ocurriría, explica la CS, si con fundamento en el estado de sitio, se prohibiera a un extranjero testar o casarse conforme a las leyes. Con esas premisas, el tribunal revocó el fallo recurrido y consideró que no era irrazonable la decisión del Jefe de Policía, entendiendo que por lo general de la aglomeración de personas pueden resultar perturbados el orden y la tranquilidad públicos (61).

ni siquiera en bajo su vigencia cesa la inmunidad congresual.

(61) El fallo contó con las disidencias de Alfredo Orgaz, quien entendió que la reunión convocada a fin de la vigencia de los derechos del hombre en Paraguay no tenía vinculación alguna con las causas que motivaron el estado de sitio, y de Luis María Boffi Boggero, quien coincidió en indicar que tal reunión no aparecía en condiciones de perturbar el ejercicio de la CN ni a las autoridades creadas por ella, ante lo cual no podía habersele atribuido anticipadamente tal finalidad o aptitud.

La doctrina que comenzaba a esbozarse en “Sofía”, fue reiterada y paulatinamente ampliada en pronunciamientos posteriores. Por aquellos años, si bien se reafirmó la facultad judicial de controlar la razonabilidad de los actos dispuestos durante el estado de sitio, ello fue casi eufemístico, ya que no se consideró irrazonable, entre otras cosas: el secuestro de dos ejemplares de semanarios que la autoridad administrativa consideró perturbadores de la tranquilidad general y del orden público (62); la clausura de la sede de un sindicato (63); la prohibición de las actividades de una agrupación, de la circulación de su periódico y la clausura de su editorial (64); la prohibición de realizar reunión pública por entender que la autoridad policial que este habría provocado desórdenes y hechos de violencia (65), etcétera.

Habrà que esperar trece agitados años para encontrar un antecedente exitoso de control de la razonabilidad de las medidas dispuestas durante el estado de sitio. Ello ocurre en “Mallo” (66), donde la CS hace lugar a un amparo y deja sin efecto la prohibición de exhibir una película con motivo del estado de sitio (67). Otro ejemplo de límite al Congreso o a la Administración lo tenemos en “Zamorano” (68), donde el tribunal señala que para poder realizar el control de razonabilidad de las medidas dispuestas por el poder ejecutivo resulta indispensable que este informe sobre los motivos que las determinaron, lo cual no se cumple si las respuestas son

(62) Fallos 244:59, en igual sentido: Fallos 250:826, 250:832, 252:244, etcétera.

(63) Fallos 248:800.

(64) Fallos 250:196.

(65) Fallos 253:44.

(66) Fallos 282:392.

(67) Se trataba del film *Ni Vencedores Ni Vencidos*, sobre la cual la CS dijo que, siendo una película compuesta sobre la base de secuencias filmicas documentales, objetivamente desprovista de carácter insurreccional, aun cuando aborda un tema vinculado con episodios y personajes de reciente actuación, que provocaron enconadas polémicas, no había en la obra materia que autorizare a mantener la prohibición y el secuestro ordenados por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades del art. 23, CN.

(68) Fallos 298:441.

genéricas e imprecisas, resolviendo entonces la CS oficiar a fin de que se envíe tal información.

Al año siguiente, en “Timerman” (69), reiterando los principios sentados en “Sofía”, la CS dijo que el control judicial de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo en el marco de las facultades conferidas por el art. 23, CN tiene un carácter excepcional y el control de razonabilidad abarca un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior; y b) la verificación de si acto restrictivo guarda proporción adecuada con los fines perseguidos por la declaración del estado de sitio (70). También se aclaró que, ante los requerimientos de los jueces competentes, el Poder Ejecutivo estaba obligado a proporcionar una información suficiente sobre cada caso concreto.

En el año 1984 se sanciona la Ley de Hábeas Corpus —ley 23.098— cuyo art. 4º establece que “cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la CN, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1º La legitimidad de la declaración del estado de sitio...” Esta disposición parecía traer consigo una notable innovación en la materia, pero ya en el debate parlamentario surgieron dificultades para determinar cuál era el alcance de esta facultad otorgada a los jueces por el legislador (71).

(69) Fallos 300:816.

(70) En el caso se consideró que no era razonable reconocer que subsista la adecuación de causa entre la declaración del estado de sitio y la detención contra la cual se dedujo el hábeas corpus.

(71) Por un lado, el senador Eduardo Menem criticaba la norma por no ser clara y dejar abierta la posibilidad de que los jueces se arrogasen la facultad de analizar si estaban dadas o no las condiciones para la declaración del estado de sitio. Cuestión que, como se ha visto, tradicionalmente había sido considerada no justiciable. A lo que el senador De La Rúa, autor del proyecto de ley, respondía que el texto proyectado y finalmente aprobado no permitía a los jueces examinar la oportunidad ni la voluntad de declarar el estado de sitio, sino que este control de legitimidad se refería a examinar si la declaración fue efectuada por la autoridad competente, por las causas que la Constitución admite y, en todo caso, con la limitación territorial vinculada con la causa que se invoca (Sobre el particular, SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho

Al analizar esta norma, la CS luego afirmó que “no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejables la adopción de tal recurso, por lo que la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable judicialmente” (72). Continuará expresando el tribunal que queda excluido el análisis de fondo, es decir, el atinente a la apreciación de los hechos determinantes de la declaración del estado de sitio, “resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en la cual queda incluido lo relativo no solo a las modalidades extrínsecas de la ley o del decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el plazo expreso y la determinación del lugar”.

De esta manera, para la CS, en materia de estado de sitio: a) no es revisable judicialmente la declaración del estado de sitio; b) existe un control de carácter excepcional sobre la razonabilidad de las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo en el marco del art. 23, CN; c) este control de razonabilidad incluye tanto la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior, como la verificación de si acto restrictivo guarda proporción adecuada con los fines perseguidos por la declaración del estado de sitio.

A partir de la doctrina de la CS al respecto, Sacristán indica que “... determinar cuándo existe una ‘conmoción interior’ que justifique imponer el estado de sitio o bien cuándo es preciso intervenir los poderes de una provincia para ‘garantir la forma republicana de gobierno’, parecen ser decisiones que no pueden estar alcanzadas por la revisión judicial. Es más, si los jueces revisarían estas decisiones, invadirían la zona de reserva de los otros poderes, de la misma manera que si pretendieran legislar o administrar. Empero, bien es sabido también que la Constitución no solo establece un gobierno de poderes separa-

Procesal Constitucional. Hábeas Corpus”, Buenos Aires, 1998, 3ª ed., ps. 242-243).

(72) Fallos 307:2284.

dos, sino también un sistema de controles recíprocos entre ellos, como medio de evitar que se produzcan desbordes autoritarios. Se sigue de ello que, si bien la ‘decisión política’ en sí, no es susceptible —como regla— de control judicial, sí lo son en cambio todas aquellas que se adopten como consecuencia de aquella pues, de lo contrario, la Constitución —so color de reconocer estados de emergencia—, habría facilitado el ejercicio de poderes absolutos” (73).

El principio parece suficiente para resolver la gran mayoría de los problemas; es difícil imaginar una declaración de estado de sitio sin un mínimo de conmoción interior que pueda justificarse en términos constitucionales, por lo que usualmente los actos concretos serán aquellos que den lugar a su judicialización y eventual declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, sería posible pensar una situación en la cual se dicte el estado de sitio sin ningún tipo de conmoción interior y que, como consecuencia de ello, se generen manifestaciones en contra de la medida, algunas de ellas den lugar a disturbios, y en ese marco el Poder Ejecutivo decida detener y mantener bajo su control a quienes participaron de los disturbios. En un caso semejante, lo único que podría valorar el juez sería la legitimidad de la declaración del estado de sitio pues si esta lo fuese, la medida concreta de detención del revoltoso parecería inobjetable (74).

III.3.e.3. Estrechamente vinculado con lo anterior, otra posibilidad que se encuentra entre quienes ven en la cuestión política actos cuya realización ha sido asignada por la Constitución a autoridades distintas de los jueces puede encontrarse en un trabajo de Tara Leigh Grove, quien a partir del análisis de la utilización de la

(73) SACRISTÁN, Estela, “Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal”, *Rev. Investig. Const.*, 1, vol. 1, Curitiba, jan./apr. 2014, disponible en: <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40247> (último ingreso 26/05/2020).

(74) Cassagne se pronuncia en forma favorable al control judicial de este tipo de actos frente a situaciones excepcionales, en las cuales se esté ante “una absurda o abusiva interpretación de la Constitución, o bien, una manifiesta irrazonabilidad que implique una grosera violación constitucional (p. ej.: intervención de una provincia por no haber recibido al presidente en el aeropuerto con los honores de estilo)” (CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”, *ob. cit.*, p. 210).

doctrina de las cuestiones políticas en la USSC durante el siglo XIX y parte del siglo XX, llega a la conclusión de que, a diferencia de lo que ocurre desde mediados del siglo XX, la doctrina de las cuestiones políticas no se refería a cuestiones constitucionales sino a ciertas determinaciones fácticas realizadas por el Congreso o por el Presidente que no podían ser revisadas por los tribunales (75).

De acuerdo con esa doctrina tradicional, tanto los tribunales federales como los tribunales estatales consideraban definitivas las decisiones de las ramas políticas sobre ciertos asuntos de hecho, ya sea que fuesen correctas o equivocadas. Desde esta perspectiva se trataba, efectivamente, de una doctrina de *judicial restraint*. En el siglo XX, en especial luego de “Baker vs. Carr”, la USSC modificó sustancialmente ese criterio y comenzó a considerar a las cuestiones políticas como un problema no de hecho, sino jurídico, por el cual ahora asume la atribución debe determinar a quién corresponde decidir una cuestión constitucional (76).

III.3.e.4. En cualquiera de sus variantes, esta doctrina de las cuestiones políticas pretende justificar, en términos constitucionales, que existan situaciones en las cuales los tribunales, incluso encontrándose frente a un caso judicial, omitan efectuar el juicio de adecuación entre lo decidido por la autoridad política y el ordenamiento jurídico, es decir, dejen de considerar si el ejercicio del poder por parte de una autoridad es o no ajustado a derecho.

El éxito de esta posición por evitar involucrar al poder judicial en debates o conflictos políticos parece muy limitado. Por un lado, los funcionarios políticos también están significativamente interesados en la resolución de causas estrictamente judiciales y, por otro lado, porque la determinación de cuándo se estaría frente a una cuestión política no justiciable requiere de un juicio de naturaleza estrictamente política.

Es precisamente aquí donde la doctrina de las cuestiones políticas pierde sustento y se torna

(75) GROVE, Tara Leigh, “The Lost History of the Political Question Doctrine”, *N.Y.U.L.R.*, Vol. 90:1908, diciembre 2015.

(76) *Ibidem*, ps. 1967-8.

incompartible. Ante la violación de una norma constitucional y el consiguiente reclamo de un afectado concreto, no pueden existir motivos para excluir esa causa de las mencionadas en el art. 116, CN, mucho menos luego de la incorporación de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*III.4. Las diversas “cuestiones políticas”. Problemas de una categoría innecesaria, inconstitucional o fuera de lugar*

Si se desandan algunos pasos y se intenta responder a las preguntas de Henkin, es posible sostener que no hay una doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, sino muchas.

El término es utilizado frente a situaciones sumamente diversas, como aquellos casos en los cuales el actor no está legitimado, o para sostener que el Congreso o el Poder Ejecutivo actuaron dentro del ámbito propio de sus competencias o, finalmente, para eludir el dictado de una sentencia sobre el fondo de la cuestión, a pesar de que, en el marco de un caso judicial, se esté frente a una violación constitucional clara.

La diversidad de sentidos con las cuales el término es utilizado, resulta suficiente para generar problemas a la hora de su análisis. Una discusión en esta materia solo sería posible si acordáramos, previamente, de qué estamos hablando cuando hablamos de cuestiones políticas no justiciables. De lo contrario, el riesgo es la prolongación de debates estériles, entre personas que hablan de cosas distintas.

Advertir las dificultades que provienen de la polisemia que cubre la idea de cuestión política no justiciable constituye un avance teórico significativo, pero aún en ese caso, una vez que concluimos en que existen diferentes doctrinas de cuestiones políticas no justiciables, subsistirá otra pregunta no menor: *¿Necesitamos a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables?*

En los casos de los aparts. III.3.c (cuestión política como sinónimo de acto constitucionalmente válido) y III.4.d (cuestión política como sinónimo de ausencia de caso judicial), no es necesario una doctrina de las cuestiones políticas para explicar o justificar una resolución

judicial que deje de declarar la inconstitucionalidad del acto impugnado.

En el primer caso existirá una resolución sobre el fondo de la cuestión, y allí se concluirá en que la conducta de las autoridades no es incompatible con la CN. No habrá aquí ningún límite a las facultades judiciales y la sentencia abordará el fondo de la cuestión. La justiciabilidad de la cuestión será plena, y la conclusión no será otra que la ausencia de incompatibilidad entre el acto impugnado y la CN. La cuestión será “política” porque el ordenamiento jurídico la asignó al Poder Ejecutivo o al Congreso y estos actuaron de modo regular dentro de sus atribuciones.

En el segundo caso, no habrá una sentencia sobre el fondo porque no existe caso judicial. En esta conclusión, el carácter “político” de la materia es intrascendente. La inexistencia de caso judicial en sentido estricto no depende de la materia involucrada, sino de la presencia de un conflicto real y actual entre partes con intereses contrapuestos.

El caso judicial puede estar ausente porque lo que se pide sea la emisión de una opinión consultiva, porque quien está demandado la invalidez de la norma carece de interés tutelado por el derecho, demanda a quien no es le legitimado pasivo o lo hace cuando el conflicto es meramente hipotético. Aquí la cuestión sería “política” en tanto se requiere del poder judicial una actividad que va más allá de las funciones asignadas por el art. 116, CN; actividad que, en buena medida (asesoramiento, derogación de la legislación, etc.) son propias de los restantes poderes.

En el primer caso la conducta es constitucional, en el segundo caso no se conocerá la opinión judicial pues no hay caso judicial. Colocar ambas situaciones bajo el paraguas de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables es innecesario y solo puede servir para sumar confusión. Rechazar una demanda con el argumento de que el actor no tiene ningún interés en la declaración de inconstitucionalidad, muy poco parece tener en común con rechazar la misma demanda sosteniendo que el Congreso o el poder ejecutivo actuaron de modo regular en ejercicio de las competencias asignadas por la CN. Utilizar para ambas situaciones el concepto de

cuestiones políticas no justiciables, no resulta ser una decisión semántica saludable en términos de utilidad y claridad expositiva.

Asiste razón a Henkin al sostener que, desde luego, hay “cuestiones políticas”; se trata de funciones cuyas responsabilidades incumben a los departamentos políticos, y la forma en la cual esas funciones es ejercida no está sujeta, de ordinario, a la revisión por parte del poder judicial, ya que la Constitución no ha instituido a los tribunales como *ombudsman* para resolver cualesquiera deficiencias legislativas, y no puede proporcionar un recurso efectivo para todos los males. Pero estas limitaciones en la función jurisdiccional no dependen de una doctrina extraordinaria que requieren los tribunales a abstenerse en algún grupo especial de los casos (77).

En cambio, en los casos del apart. III.3.b (la “cuestión política” como cuestión prejurídica) o III.3.e (la “cuestión política” como óbice al control de constitucionalidad), el problema es muy distinto. Si existe un caso judicial en el cual un afectado denuncia una violación constitucional clara y el poder judicial desea evitar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, deberá afirmar que está frente a una “cuestión política” y que ello le impide dictar una sentencia sobre el fondo de la cuestión. Aquí la doctrina de las cuestiones políticas no solo es necesaria, sino que es directamente indispensable para que el juez omita el dictado de una sentencia reconociendo la transgresión constitucional.

La cuestión política no justiciable es, en estos casos, necesaria y tiene perfecto sentido para la finalidad con la que se pretende utilizar, esto es, colocar fuera el ámbito del control de constitucionalidad ciertos actos de los restantes poderes, los cuales, de no ser por esta doctrina, serían perfectamente justiciables en el caso concreto y, posiblemente, deberían ser dejados sin efecto.

Pero al mismo tiempo que se enuncia su necesidad teórica, se advierte también la clara inconstitucionalidad de esta doctrina.

(77) HENKIN, Louis, “Is There a ‘Political Question’ Doctrine?”, *ob. cit.*, ps. 624-625.

En su primera variante —como interrogante prejurídico— la pregunta de si los jueces deben ejercer sus competencias resolviendo conforme a derecho resulta inadmisibles dentro del derecho constitucional, al menos dentro de versiones de este que pretendan mantener su vínculo con el movimiento constitucionalista y con el principio de legalidad (78). Todas las autoridades, incluidas los jueces, deben ejercer su autoridad en los términos que lo dispone el ordenamiento jurídico, el cual no podría negarse a sí mismo, dejando librada su utilización o no de acuerdo con las circunstancias y valoraciones del caso. Ello equivaldría a negar la idea de un Estado constitucional de derecho.

Por motivos similares, son igualmente objeto de rechazo las posiciones que pretenden ver dentro la posibilidad de que la CN tolere la posibilidad de privar a alguien de su propiedad o de su libertad sin que exista una sentencia respaldada en un derecho ajustado a la propia CN.

Al ser este último el único caso en el cual el control de constitucionalidad requiere una doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, ella deja de ser redundante, para convertirse en una desafortunada herida a principio de legalidad y al intento por someter el poder al derecho. No es jurídicamente aceptable que los tribunales, encontrándose frente a un caso con un afectado concreto por una violación constitucional, renuncie a dictar una sentencia que tutele los derechos de justiciable.

En este grupo de casos, hablar de “cuestiones políticas” tiene un sentido concreto, y es, precisamente, de donde debe ser eliminada como doctrina por resultar inconstitucional.

Para el resto de las hipótesis, no es necesario recurrir a una doctrina de las cuestiones polí-

(78) Sin la existencia —y cumplimiento— de reglas previas y conocidas por todos, la convivencia social y la libertad individual no son posibles; al adherir al imperio de la ley y en especial a la idea de que quienes tienen el poder de crear y aplicar las reglas de convivencia habrán de hacerlo de modo coherente y dando cuentas de su actuación, se reduce sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno y, de este modo, se limita la eficacia de un mal gobierno (Cfr. FINNIS, John, “Ley natural y derechos naturales”, trad. M. ORREGO SÁNCHEZ, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 298).

ticas a fin de justificar la abstención del poder judicial. Se trata, en buena medida, de aceptar lo que ya explicara el juez Luis V. Varela en su disidencia a “Cullen vs. Llerena” (79), una cosa es afirmar que el poder político actuó dentro del ámbito de sus funciones (y por lo tanto no hay ninguna incompatibilidad con la CN), y otra muy distinta es aceptar que una transgresión constitucional que afecta de modo concreto los derechos del actor deba ser tolerada por razones de “prudencia institucional”.

Esto no quiere decir, como se anticipó, que no exista margen para construir distintas categorías de actos en las cuales el ámbito de actuación de los restantes poderes sea significativamente mayor y la valoración efectuada por estos difícilmente pueda ser judicialmente impugnada, salvo supuestos en los cuales se acredite una notoria irrazonabilidad. Dentro del amplio margen de actuación que la CN asigna al Congreso y al Presidente, existen distintas categorías de actos y es aquí donde una teorización sobre los márgenes de actuación del Congreso, del Presidente y de los tribunales es perfectamente válido —y hasta necesario— pero, en todos los casos, una vez que se reconoce que la actuación de los poderes constituidos no puede tener lugar más allá de lo permitido por la CN, y que frente a un afectado concreto el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser eliminado por razones “políticas”.

Como todo en el lenguaje, las decisiones semánticas se comparten o no se comparten, pero no podría sostenerse que estén bien o mal por esencia. Lo que aquí se pretende destacar es que parece haber llegado la hora de dejar de utilizar el término “cuestiones políticas” en el marco de

(79) “... se objeta que, no todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, pueden producir casos judiciales, por cuanto hay muchos actos emanados de los poderes políticos de la Nación que no pueden servir de materia a un juicio ante los Tribunales Federales. La objeción es perfectamente pertinente y exacta. Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado, no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones, no han puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma. Pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”.

los límites al control de constitucionalidad judicial. Seguir haciéndolo, en el mejor de los casos, solo oscurece innecesariamente la cuestión. En el peor de ellos, permita convalidar conductas que afectan derechos individuales, incumpliendo, de modo impune, reglas y principios constitucionales.

#### **IV. Fernández de Kirchner. La CS y el óptimo de (Paula) Pareto**

##### *IV.1. La causa*

La vicepresidenta de la Nación, en su condición de presidenta del Senado, promovió, según la indica la CS, “una acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a los fines que, en el marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por la enfermedad causada por el COVID-19, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del art. 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que ‘Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional’”.

Esta demanda fue ampliamente difundida por el propio Senado y por los más diversos medios de difusión; también se generó un importante debate acerca de la existencia o inexistencia de caso judicial y de cómo debía proceder la CS frente a esa demanda.

El tribunal habilitó la feria extraordinaria para dar trámite a la acción y remitió la causa a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde se emitió un dictamen sosteniendo la ausencia de caso. En líneas generales, la inmensa mayoría de la doctrina constitucional argentina compartió el diagnóstico de la ausencia de caso judicial, ya sea en un sentido estricto o en un sentido amplio.

En el presente comentario no tiene por finalidad analizar aspectos vinculados con la ausencia de caso, ya sea en sentido amplio o estricto. Sobre este tema ya se ha escrito mucho y en ocasiones muy bien. La causa “C. F. K.” será abordada aquí desde la óptica específica de la utilización aún hoy hace la CS de la doctrina de

las cuestiones políticas no justiciables. Para ello, de todos modos, se destacarán los aspectos más relevantes de los diversos votos.

#### IV.2. Los argumentos de la mayoría

El voto de la mayoría centra su atención sobre la justiciabilidad de la cuestión. En los consid. 5º a 11 la CS realiza un extenso *obiter*, en el cual menciona la situación de excepcionalidad producto de la pandemia de COVID-19, junto a menciones realistas del derecho y a la importancia del contexto histórico a la hora de que el tribunal toma sus decisiones. Se trata de una larga introducción no parece tener influencia sobre el resultado del caso, aunque algunas menciones que pueden merecer críticas.

Una de ellas es la afirmación de la supuesta creación del *judicial review* en “Marbury vs. Madison”, si bien se trata de una posición extendida a lo largo del siglo XX, se trata de un error histórico que debe ser dejado de lado (80). La restante es la supuesta necesidad de compatibilizar entre división de poderes y CN, sobre la que se volverá de inmediato.

Luego en el consid. 11 la CS comienza a analizar la admisibilidad de la demanda. Al hacerlo, utiliza el concepto de caso judicial en un sentido amplio, introduciendo en su definición la cuestión política como exigencia negativa del caso judicial:

“Que, en el marco apuntado, corresponde efectuar el examen de admisibilidad de la demanda traída a estos estrados para determinar

(80) En el consid. 5º se afirma que “el control de constitucionalidad por parte de los jueces, se instituye en 1803 a partir de la decisión de dar una respuesta excepcional a circunstancias que, a juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, también lo eran”. La afirmación es errónea por cuanto ni Marbury fue el primer caso en el cual los tribunales estadounidenses declararon la inconstitucionalidad de leyes del Congreso federal ni, mucho menos, puede considerarse que su explicación fuera una doctrina elaborada por Marshall o por la USSC. Sobre el particular se puede ver nuestro “Teoría y práctica del control de constitucionalidad”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, ps. 22-23, 196-8 y citas al pie. A su vez, y sobre este punto, el reciente y profuso trabajo de Manuel GARCÍA MANSILLA, “‘Marbury vs. Madison’ y los mitos acerca del control de constitucionalidad”, Revista Jurídica Austral, 1, Vol. 1, junio de 2020.

si presenta un caso justiciable. Para ello, cabe en primer lugar centrar el análisis en desentrañar si la cuestión planteada resulta justiciable o si, por el contrario, compete al ámbito propio y exclusivo del órgano, que por su naturaleza está sustentado en la discrecionalidad política para ponderar los fines y alcances de la atribución conferida, cuyo modo de ejercicio ha puesto en práctica, o ha reglamentado por aplicación de las disposiciones constitucionales. Presupuesto este último ligado íntimamente en cada caso al alcance e interpretación que el órgano asigna al ejercicio de aquellas facultades (“Baker vs. Carr” 369 U.S. 186, 211, 217; 1962”).

En el considerando siguiente, la CS comienza defendiendo una visión de las cuestiones políticas como aquellos aspectos reservados por la propia CN a otros poderes del Estado (81) y luego de repasar distintos precedentes en los cuales el tribunal habría considerado que la cuestión planteada no era justiciable, resume esta idea con un giro habitual en los repertorios del tribunal, según el cual “autorrestringir su revisión sobre las decisiones privativas de los otros Poderes evita un avance de su poder en desmedro de los demás, preserva la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes, aparece como una exigencia de la regla más elemental de nuestro derecho público por la ‘que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere’, y evita ‘la imposición de un criterio político sobre otro’...”

Hasta aquí la sentencia no hace más que reafirmar una visión tradicional de las cuestiones políticas, es decir: hay cuestiones que la CN asigna a los restantes poderes y, por lo tanto, no corresponde decidir a los tribunales.

Lo que sigue genera cierta incomodidad teórica, porque mientras en el consid. 13 se recuerda la importancia del principio de supremacía

(81) “Que, desde sus fallos inaugurales, este Tribunal mantiene como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva”.

constitucional para el funcionamiento de la CS, en el consid. 14 se vuelve sobre una idea que había sido introducida en un considerando anterior y cuya sustentabilidad teórica parece discutible. Ella es la supuesta contradicción entre el principio de supremacía constitucional y el de división de poderes, contradicción que habría sido atenuada por el tribunal al admitir la justiciabilidad de ciertas cuestiones políticas.

En contra de ese postulado, podría pensarse que la contradicción enunciada (división de poderes vs. supremacía constitucional) no es tal, pues la división de poderes existe con ciertas características y particularidades en la República Argentina porque así lo dispone la CN, que es donde se adoptan una serie de soluciones concretas que se instrumentan a partir de lo dispuesto en el texto constitucional.

Como bien lo indica Bianchi, la división de poderes no es tanto una teoría como una doctrina, es decir, un conjunto orgánico de ideas, que se concreta a través de modelos con características muy diversas; “bajo lo que en apariencia es una misma doctrina, cuyo propósito esencial es limitar el poder estatal distribuyendo las funciones principales del Estado en órganos separados e independientes para resguardo de la libertad individual, anidan muchas versiones diferentes que, en algunos casos, parten de principios opuestos” (82). Por lo tanto, la división de poderes no solo no se contrapondría con la supremacía constitucional sin que, por el contrario, la presupone.

Luego de repasar las distintas “excepciones” que se habrían hecho de las cuestiones políticas la mayoría sintetiza un principio que parece ser una gran toma de yudo: “en conclusión, las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros Poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos. Esta Corte, en primer lugar, debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y, en segundo lugar, debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución les asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en

que esta autoriza a ponerlas en la práctica (criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte en diversos pronunciamientos y reiterado más recientemente en el caso ‘CEPIS’, en CS, Fallos: 339:1077)”.

De este modo, para la CS la justiciabilidad se vuelve absoluta, pues admite tanto el control de la competencia (“de velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere”) como el de la forma en la cual se ejerce esa competencia (lo cual incluiría el procedimiento y el respeto de prohibiciones específicas).

La idea se complementa con el párrafo siguiente, en el cual el tribunal afirma que “incumbe a los jueces ‘examinar la existencia y extensión de las facultades privativas’ con el fin de determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de las que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros Poderes del Estado...”

Por lo tanto, corresponderá a los jueces determinar el ámbito de lo “no justiciable”, el cual no será otra cosa que del margen que les reconoce la CN a los restantes poderes. Frente a cada caso los jueces deberán definir el alcance de esos márgenes de cada acto que adopten los restantes poderes y, si no se hubiesen respetado esos márgenes, declararlos contrarios al ordenamiento jurídico cuando ello sea necesario para resolver un caso.

En el caso concreto, la sentencia analiza las competencias de las Cámaras del Congreso y concluye que no existe impedimento alguno para que establezcan un sistema de sesión virtual o telemática y, como consecuencia de ello, se trataría de una cuestión política no justiciable. Ello, “claro está, siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumplan con los recaudos que la Ley Fundamental sí establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes” (consider. 16). En esas condiciones, al ser “la cuestión sobre el carácter presencial o remoto de las sesiones del Senado aparece, así, como un asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a su prudencia política”, la CS concluye que no se configura un caso justiciable (consider. 17).

(82) BIANCHI, Alberto, “La separación de poderes”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 397-399.

De esta forma, parafraseando lo que suele decirse de “*Marbury vs. Madison*” (*a clever judicial jiu-jitsu move*) es posible afirmar que la CS, en momentos en los cuales su intervención en conflictos políticos —y en especial su aptitud para oponerse a decisiones mayoritarias— es cuestionada desde distintos sectores, la mayoría del tribunal recurre a una formidable toma de yudo, en la cual utiliza la fuerza del ataque para para reafirmar la existencia de una gran cantidad de “cuestiones políticas”, pero siempre sometidas a ordenamiento jurídico y, en tal caso, pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia.

Dicho en otras palabras, bajo la apariencia de no haber ejercido el control de constitucionalidad, este fue ejercido en forma concreta y con gran vigor (83).

#### IV.3. *Los restantes votos*

La sentencia contó también con los votos de los jueces Rosatti y Rosenkrantz, ninguno de los cuales consideró admisible el planteo de la demanda, y ambos consideraron que no existía caso judicial, pero adoptando un sentido restringido de la idea de caso, es decir, sin incluir allí ninguna mención a la materia sobre la que versa la discusión (84). En líneas generales, se comparte aquí todo lo indicado por estos jueces acerca de la configuración del caso justiciable en un sentido estricto y la inexistencia de esos recaudos en el caso concreto de la sentencia que se analiza. Más allá del interés que despierta el tema, la configuración del caso no es motivo del

(83) “Cuando el tribunal decide que corresponde a otra rama del gobierno decidir el significado de un término constitucional, ha ejercido el judicial review. P. ej., decidir que el Congreso debe determinar qué es una “forma de gobierno republicana” y decidir que el Congreso puede imponer reglas a los Estados cuando ellos afectan el comercio interestatal, son dos instancias de la misma autoridad para decidir casos. El tribunal no ha rechazado decidir la cuestión; la ha decidido al resolver que otra rama del gobierno tiene la autoridad final” (McCORMACK, Wayne, “The Justiciability Myth and the Concept of Law”, 14 *Hastings Const. L.Q.* 595 —1987—, 634).

(84) Ambos jueces entienden que el caso justiciable se conforma con la concurrencia de dos elementos, la controversia entre partes legitimadas y la actualidad del planteo (voto Rosatti, consid. 6º y voto Rosenkrantz, consid. 4º).

presente trabajo sino la doctrina de las cuestiones políticas (85).

Concretamente, sobre el carácter justiciable de la cuestión, Rosatti afirma en un capítulo denominado “III. Principio de colaboración entre los poderes del Estado. Consideraciones frente a la excepcionalidad de la situación”, que luego de repasar los pronunciamientos de la CS en materia de procedimiento de sanción y promulgación de las leyes, afirma que el Senado “tiene dentro de sus potestades la interpretación e integración de las normas constitucionales relativas a su funcionamiento, y específicamente aquellas relacionadas al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, entre cuyos aspectos cabe incluir la ponderación de la modalidad de sesión presencial o por medios virtuales o remotos, aspectos que solo son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley”.

De esta forma, también en el voto de Rosatti se reafirma la idea de que las “cuestiones políticas” no son más que el respeto de las competencias constitucionales propias del Congreso y, de ningún modo, un ámbito vedado al control judicial. Ese control estará presente a la hora de establecer, en un caso judicial, qué tan amplias son esas competencias y si su ejercicio ha respetado esos límites constitucionales.

## V. Ideas finales

### V.1. *Sobre C. F. K.*

La sentencia de la CS ha sido ajustada a sus precedentes. Más allá de los gustos personales acerca de cómo era más adecuado encarar el análisis del caso, y de una gran cantidad de menciones que de haber sido evitadas hubieran dado a la sentencia una estructura más sólida, los tres votos llegan a una conclusión similar, que es la inexistencia de caso. Tanto Rosatti como Rosenkrantz se ciñen a una idea estricta de caso, mientras que la mayoría adopta una

(85) Para un análisis acerca de los elementos y alcances del concepto de caso judicial, vid. nuestro “Teoría y práctica del control de constitucionalidad”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, *passim*.

posición amplia, la cual incluye dentro de ese concepto el requisito negativo de la inexistencia de cuestiones políticas.

A su vez, en los dos votos que se ocupan del tema (mayoría y Rosatti) la CS afirma que existen cuestiones políticas, pero al mismo tiempo considera que son plenamente justiciables en cuanto al respeto de ciertos límites competenciales o procedimentales que los jueces evaluarán en cada caso. Esa es la toma de yudo con la cual el embate del Senado, reclamando para sí la definición de determinadas materias, es respondido por los jueces con una aparente aceptación inicial que, al final del camino, somete las decisiones de los restantes poderes al derecho y al control de judicial.

Como crítica a la forma en que resuelve la mayoría de por la CS se puede indicar que, si bien su jurisprudencia ha utilizado en distintas ocasiones un concepto amplio de caso judicial (que incluye como recaudo negativo a las cuestiones políticas), existen muy buenos motivos para sostener que este es inconveniente, pues equipara aspectos demasiado diversos y cuyo orden de análisis no parece intrascendente.

En tanto el análisis de la “cuestión política” (caso judicial en sentido amplio) es, en definitiva, un análisis sobre la extensión de las competencias de los restantes poderes y de su ejercicio en el caso concreto, solo debería llegarse a ese examen luego de responder favorablemente a la existencia de un caso en sentido positivo (controversia real, legitimados y actualidad). Dicho de otro modo: solo frente a un caso judicial en sentido estricto se justifica el ejercicio de la función judicial de determinar los límites de las competencias de los restantes poderes, de otro modo se corre el riesgo de caer dictámenes académicos sin ningún efecto práctico y especialmente perjudiciales para la propia autoridad del tribunal. Esto último es muy bien advertido por Rosatti, cuando destaca el carácter meramente indicativo y genérico de su *obiter* sobre las facultades de los restantes poderes.

## V.2. Sobre la CS y las cuestiones políticas

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde que los tribunales ingleses se abstuvieron de intervenir en el conflicto entre las casas de York y Lancaster. La amenaza que representaba para la vida de los jueces intervenir en un conflicto se-

mejante explican muy bien decisión; pero ello no quiere decir que la respuesta del derecho —y de un juez en derecho— deba ser esa.

En algún punto, los jueces no pueden judicializar la política; eso es algo que ya hizo la Constitución y el derecho (86). Partir de esa base elimina muchos equívocos y ayuda a explicar la existencia de ámbito justiciables en todos los actos de los restantes poderes. La discusión pasará a ser, frente a un caso concreto, la de determinar cuáles son los límites jurídicos que encuentran los restantes poderes en su actuación. Para ello no se necesita ninguna teoría específica de “cuestiones políticas”; estas, con su imprecisión y multivocidad, poco o nada aportan a ese debate.

Hoy la CS sostiene la plena judiciabilidad de las decisiones políticas. El control del contenido de esas decisiones será más o menos intenso según los casos o materias, pero todas ellas tienen límites competenciales, procedimentales o vinculados con prohibiciones expresas o con la razonabilidad de las medidas, y así lo hizo saber una vez más el tribunal en “C. F. K.”. Podría decirse que la posición es correcta, aunque la terminología a la que se recurre sea inadecuada, pues desvía la atención y conflictos interpretativos innecesarios, al hacer referencia a una entidad mitológica de difícil aprehensión (“cuestiones políticas”), cuando en realidad no estaba haciendo otra cosa que la labor usual de cualquier tribunal: determinar, en el caso concreto, cuáles son los límites que el derecho fija a la competencia de las distintas autoridades.

Superado lo anterior, el viaje recién comienza. Lo que queda por adelante es nada menos que la discusión acerca de las funciones y los límites que el ordenamiento jurídico asigna a los poderes políticos; a los tres poderes políticos que conforman la columna vertebral del gobierno nacional (Congreso, Poder Ejecutivo y tribunales de la nación).

(86) “Si se reconsidera que el Derecho constitucional pretende unos límites para las decisiones políticas, el hecho de que persista una cuestión política no tiene por qué conllevar que le esté vetado al Tribunal Constitucional decidir al respecto. Antes bien, tiene que verificar y decidir si las decisiones políticas se encuentran en el marco constitucional” (STARCK, Christian, “Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales”, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 37).

# El control judicial de decisiones estatales en el marco de la emergencia sanitaria

## Un relevamiento de casos

José Ignacio López<sup>(\*)</sup>

Ramiro Vélez<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Jurisprudencia.— III. Reflexión final.

### I. Introducción

La llegada de la pandemia del COVID-19 al territorio de la República Argentina obligó a las autoridades públicas a adoptar una serie de medidas destinadas a la protección de la salud de la población.

En ese sentido, desde que el Poder Ejecutivo nacional dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (1), el Poder Judicial de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han emitido un importante caudal de resoluciones que se relacionan directa e indirectamente con los efectos que la cuarentena ha generado en infinidad de relaciones jurídicas.

(\*) Abogado (UNLP). Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Director del portal jurídico “Palabras del Derecho” ([www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)).

(\*\*) Abogado (UNLP), candidato a magíster en Derechos Humanos, miembro del equipo del portal jurídico “Palabras del Derecho”.

(1) La medida fue dispuesta por DNU 297/2020, extendido en cinco oportunidades a través de los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020 y 520/2020, ello hasta la fecha de conclusión de este trabajo (08/06/2020).

Por su parte, cabe mencionar que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2) como casi todos los Tribunales Superiores de las provincias (3), declararon asuetos y/o ferias judiciales extraordinarias con suspensión de términos procesales.

Sin perjuicio de ello, las medidas de emergencia suscitaron una serie de casos que motivaron la intervención de diversos tribunales y que im-

(2) El máximo tribunal de la Nación estableció una feria judicial extraordinaria, a través de sus acordadas 6/2020, 8/2020, 10/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020 y 18/2020, que comenzó el 21 de marzo de 2020 y fue prorrogada sucesivamente hasta el 28 de junio inclusive (a la fecha de terminación de este trabajo). Por su parte, a través de la Acordada 17/2020 del 2 de junio pasado, comenzó a autorizar el regreso de actividad en tribunales correspondientes a las jurisdicciones federales de Corrientes, Tucumán, Comodoro Rivadavia, Córdoba y Mendoza.

(3) La SCBA dispuso mediante la res. 386/2020 el asueto con suspensión de términos procesales desde el 16 de marzo al 31 de marzo (en la primera ocasión), posteriormente prorrogado por las Resoluciones 14/2020, 18/2020, 480/2020, 21/2020, 25/2020, 535/2020 y 30/2020, cuya vigencia se extiende hasta el 28 de junio del corriente. Por su parte, el TSJ CABA, a través de la Acordada 11/2020, declaró inhábiles a los efectos de los plazos procesales y administrativos, los días comprendidos entre el 16 y 31 de marzo. Posteriormente, la Acordada 13/2020 del mismo Tribunal extendió los efectos de la anterior mientras dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el Poder Ejecutivo de la Nación.

portaron un control judicial de decisiones estatales.

En función de ello, este trabajo se propone un breve relevamiento de algunas sentencias judiciales destacadas dictadas en el marco de la emergencia sanitaria (en el ámbito federal, bonaerense y porteño) a los fines de ofrecer una muestra de los asuntos que fueron tratados por los tribunales en este contexto singular y el escrutinio que hicieron los magistrados sobre las medidas adoptadas por las autoridades públicas.

## II. Jurisprudencia

A los fines expositivos dividimos por ámbitos jurisdiccionales y allí temáticamente las diferentes decisiones judiciales seleccionadas para efectuar una breve reseña de ellas.

### II.1. *Ámbito federal*

II.1.a. Constitucionalidad del DNU que dispuso el cierre de fronteras

Un grupo de veintitrés personas que se encontraban en el exterior al momento de la entrada en vigencia de la prohibición de ingreso al territorio nacional por la pandemia de coronavirus (COVID-19) promovieron una acción de amparo ante la Justicia Federal de Tucumán para que se permitiera su retorno al país en un vuelo precedente desde la capital de Inglaterra.

Tanto el juez de grado como la cámara de apelaciones ratificaron la constitucionalidad del DNU 274/2020, que dispuso el cierre de fronteras, y del DNU 313/2020, que extendió la prohibición de ingreso al territorio nacional a las personas residentes en el país y a los argentinos y argentinas con residencia en el exterior.

La Cámara Federal de Tucumán, con voto de la jueza Marina Cossio y los conjuces Jorge David y Hernán Frías Silva, entendió que la medida dispuesta por el Poder Ejecutivo nacional “responde a la necesidad de garantizar la salud pública frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado” (4). Asimismo,

agregó que en la decisión cuestionada “se contempló que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos (como los de circulación y de residencia) y, en consecuencia, que su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la República Argentina se encuentra atravesando. También se ha considerado que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad”.

Sin perjuicio de ello, el tribunal hizo lugar al planteo sobre qué implica la ayuda que se debe brindar a los varados según lo dispuesto en el art. 4° del DNU 313/2020 y ordenó que respecto a esa cuestión tramite la acción.

II.1.b. Proceso colectivo para regresar al país

La titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 11, Cecilia Madariaga de Nègre, certificó formalmente la existencia de un proceso colectivo en que un grupo de argentinos varados en exterior exige al Poder Ejecutivo nacional que les sea informado la fecha de retorno de acuerdo con el “Plan de repatriación” y se incluya en los no contemplados en él para el reingreso a la República Argentina (5).

La jueza consideró que la clase está integrada por los ciudadanos argentinos varados en distintas ciudades del exterior y que se encuentran imposibilitados de regresar a la República Argentina en virtud de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo en el marco de la pandemia COVID-19. Por su parte, el objeto de la pretensión es el resguardo de los derechos a la vida, la integridad personal, salud e información pública conforme lo dispuesto en el art. 14 de la CN y los Tratados Internacionales y el demandado es el Estado nacional (PEN, Ministerio de Transporte y Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto).

(4) CF Tucumán, “Contreras, Jorge A.,” Resolución del 11/04/2020, Expte. 1464/2020.

(5) JF Cont. Adm. N.º 11, “Campos, Marcos A.,” Resolución del 15/05/2020, Expte. 9894/2020.

II.1.c. Constitucionalidad de las acordadas de la Corte Suprema que fijaron feria extraordinaria

La Cámara Federal de La Plata, con voto de los jueces Carlos Vallefín, Roberto Lemos Arias y César Álvarez, examinó un planteo que cuestionó las acordadas de la CS que establecieron la feria extraordinaria y definió que dichas “medidas no pueden considerarse inconstitucionales”. En ese sentido, explicó que “se trata, en efecto, de una situación de emergencia sanitaria en la que se restringe la circulación de personas. La actividad habitual de las oficinas públicas (y claro está, también de los tribunales) no puede mantenerse tal como se llevaba a cabo hasta entonces. Para reducir las consecuencias del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la Corte Suprema habilitó las presentaciones electrónicas, permitió el trabajo judicial remoto y determinó que las causas urgentes debían resolverse. El Alto Tribunal tiene competencia para actuar en el ámbito que lo ha hecho y las medidas implementadas constituyen un medio razonable para conjurar las consecuencias de la situación sanitaria” (6).

II.1.d. Acción declarativa de certeza respecto a la posibilidad de sesiones remotas del Senado

La CS se expidió sobre una acción declarativa de certeza presentada por la expresidenta y vicepresidenta actual del Senado, Cristina Fernández de Kirchner, respecto a la validez legal de que el Senado funcione en forma remota y/o virtual.

En una de las decisiones que mayor repercusión generó en lo que va del año judicial, la CS (si bien rechazó la acción declarativa) hizo algunas aclaraciones respecto a la posibilidad de que el Congreso sesione en forma remota o digital.

La mayoría compuesta por Lorenzetti, Maqueda y Highton resolvió rechazar la acción, pero aclararon que el Senado tiene las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento y decidir la forma en que sesionará. Una similar postura adoptó Horacio Rosatti, que con un voto concurrente extendió algunos

(6) CF La Plata, “Sánchez Santamaría, José E.”, Resolución del 05/05/2020, Expte. 37506/2020.

fundamentos sobre la procedencia de la acción y la gravedad institucional que acompaña la cuestión. Por su parte, el presidente del máximo tribunal, Carlos Rosenkrantz, resolvió que la acción debía rechazarse in límite sin ingresar en los argumentos desarrollados por sus colegas, fundó que no se daban los presupuestos de un caso judicial para convocar a la Corte (7).

II.1.e. Amparo para que se ordenen sesiones presenciales en la Cámara de Diputados

La jueza a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, Macarena Marra Giménez, conoció en una acción de amparo entablada para que se disponga la “inmediata convocatoria” de las sesiones ordinarias de la Cámara de Diputados en los términos del art. 63 de la CN. La diputada accionante había considerado que la tarea legislativa debía llevarse a cabo, si bien con medidas sanitarias, pero mediante reuniones plenarias presenciales.

La magistrada rechazó el planteo y señaló que la legisladora no se encontraba legitimada para llevar adelante este cuestionamiento en sede judicial. Además, fundó en las consideraciones de la CS en el fallo “Fernández de Kirchner” y añadió que “el asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a la prudencia política del Poder Legislativo, correspondiendo, en la especie, a la H. Cámara de Diputados de la Nación el arbitrar los mecanismos necesarios para facilitar la realización de su más alta razón de ser: la representación del pueblo de la Nación en la deliberación de sus asuntos que lo atraviesan como tal” (8).

II.1.f. Acción colectiva para que los abogados puedan concurrir a sus estudios jurídicos

El Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 4, a cargo de Rita Ailán, resolvió habilitar la feria judicial y se declaró competente para entender en el amparo presentado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que

(7) CS, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, Resolución 24/04/2020, Expte. 353/2020-CS1.

(8) JF Cont. Adm. N.º 12, “Frade, Mónica”, Resolución del 08/06/2020, Expte. 1878/2020.

solicita exceptuar a sus matriculados/as de las actividades vedadas por el Gobierno.

En su presentación, el colegio solicitó el dictado de una medida cautelar que exceptúe a los abogados del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, a efectos que puedan acceder a sus oficinas donde se encuentran todas sus herramientas de trabajo y disponibilidades tecnológicas necesarias para el desempeño de la profesión, fundado en su derecho a trabajar y ejercer la industria lícita.

Basada en la Acordada 16/20 de la CS y la res. 17/2020 de la CNFed. Cont. Adm., la magistrada consideró que “el cuestionamiento que aquí se plantea perdería eficacia al cabo de dicho lapso”, por lo que correspondía la habilitación de la feria extraordinaria y su tratamiento **(9)**.

## II.2. *Ámbito bonaerense*

II.2.a. Acciones que exigen el restablecimiento del servicio de justicia

El Juzgado en lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de La Plata, a cargo del juez Francisco Terrier, declaró admisible el amparo colectivo presentado contra el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires para que se restablezca el servicio de Justicia mediante la modalidad de teletrabajo en el departamento judicial de La Plata.

La acción fue iniciada por un abogado matriculado en el Colegio de Abogados de La Plata, quien solicitó se declare la inconstitucionalidad de la resolución de la SCBA 386/2020 que dispuso el asueto judicial y la suspensión de los términos procesales, junto a las que prorrogaron su vigencia (Resolución 14/2020, 18/2020). Asimismo, pidió que se ordene el inmediato restablecimiento de la prestación del servicio de Justicia mediante la urgente y definitiva implementación y puesta en funcionamiento del “teletrabajo” en el departamento judicial mencionado **(10)**.

(9) JF Cont. Adm. N.º 4, “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, Resolución del 04/06/2020, Expte. 10068/2020.

(10) Juzg. Cont. Adm. N.º 1 de La Plata, “Nieves, Román F”, Resolución del 13/04/2020, Expte. 65339.

Por otro lado, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N.º 1 de La Matanza rechazó una acción de amparo colectiva interpuesta por un grupo de abogados y abogadas que habían requerido se declare la inconstitucionalidad de la resolución SCBA 386/20 y se ordene el restablecimiento de la prestación del servicio de Justicia mediante implementación de las modalidades de “teletrabajo” en este Departamento Judicial.

El juez Federico Gallo Quintian rechazó *in limine* la acción intentada al considerar que la vía intentada fue improponible en los términos del art. 20, inc. 2º) de la Constitución Provincial, existiendo otros medios judiciales más idóneos que se adecuan a los fines perseguidos. En particular, consideró: “El amparo es una herramienta útil, pero no para cualquier situación. Sobre la base de la evidencia o notoriedad que tiene que revestir el acto lesivo, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el andarivel de marras es inadmisibles cuando las cuestiones planteadas como fundamento del caril elegido son opinables o discutibles” **(11)**.

A su vez, la SCBA entendió en dos conflictos de competencia derivados de la tramitación de causas colectivas cuyo fin análogo es el restablecimiento del servicio de justicia. Ambas contienidas, generadas entre un juzgado contencioso administrativo de La Plata y juzgados contencioso administrativo de Trenque Lauquen y San Nicolás, el máximo tribunal provincial definió en favor del primero por ser el órgano que previno, tener un objeto idéntico y la circunstancia que la acción abarca a todos los departamentos judiciales del territorio bonaerense **(12)**.

## II.2.b. Tributos extraordinarios

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Dolores rechazó una medida cautelar presentada por un diputado bonaerense, que pretendía suspender el tributo extraordinario a inmuebles rurales creado por el Municipio de

(11) Juzg. Cont. Adm. N.º 1 de La Matanza, “Campos, Jesica Elizabeth”, Resolución del 08/05/2020, Expte. 999261499.

(12) SCBA, “Culacciatti, Darío” y “Vignoles, Sebastián”, Resoluciones del 20/05/2020, B-76420 y B-76421, respectivamente.

Castelli para afrontar la pandemia del coronavirus COVID-19 **(13)**.

En sus fundamentos, el juez Antonio Marcelino Escobar consideró que la situación de emergencia sanitaria declarada, sumado a la aplicación de una tasa “cuya finalidad expresa está llamada a atender los gastos necesarios para una mejor prestación del servicio de salud en un hospital municipal frente al eventual avance de personas infectadas con COVID-19”, justifica completamente los requisitos para su dictado y hacen inviable la medida cautelar.

El mismo magistrado también rechazó **(14)** por idénticos motivos una acción de amparo interpuesta por cuatro propietarios de inmuebles rurales de esa comuna que habían impugnado la constitucionalidad de la contribución extraordinaria creada por dec. 377/2020 del Intendente Francisco Echarren.

II.2.c. Acción colectiva para que los abogados concurren a sus estudios jurídicos

El Juzgado Civil y Comercial N.º 9 de la ciudad de Mar del Plata, a cargo de Patricia Günsberg, resolvió declarar formalmente admisible la acción de amparo colectiva interpuesta por el Colegio de Abogados de Mar del Plata contra el Colegio de General Pueyrredón y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires que tiene por objeto que se restablezca la actividad de las y los abogados, habilitando su concurrencia a los estudios jurídicos.

A su vez, la magistrada rechazó una medida cautelar innovativa solicitada en tanto entendió que los medios electrónicos instrumentados han permitido que los abogados y abogadas puedan seguir desarrollando su trabajo a distancia **(15)**.

(13) Juzg. Cont. Adm. Dolores, “Bugallo, Luciano”, Resolución del 14/04/2020, Expte. 18080 HYPERLINK “<http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1342>” .

(14) Juzg. Cont. Adm. Dolores, “De Nobili, Federico”, Resolución del 15/04/2020, Expte. 18079. HYPERLINK “<http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1342>”

(15) Juzg. Civ. y Com. N.º 9 de Mar del Plata, “Colegio de Abogados del Depto. Judicial Mar del Plata”, Resolu-

### II. 3. *Ámbito porteño*

II.3.a. Constitucionalidad del DNU que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio

La Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal entendió en una acción de habeas corpus deducida por un abogado que cuestionó el DNU 297/2020 que dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” por considerar afectado en su derecho a transitar libremente **(16)**.

La cámara de ese fuero, con voto de los jueces Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto, entendió (al igual que el juez de primera instancia) que el DNU dispone una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión, pero que la medida adoptada (aislamiento social) es la única herramienta que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad.

En ese sentido, los magistrados señalaron que el argumento del DNU sobre la falta de “un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19”, encuentran fundamento en la necesidad de preservar la salud y el orden público.

II.3.b. Medidas sanitarias y testeos en instituciones de salud mental

El Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N.º 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la jueza Alejandra Petrella, hizo lugar a una medida cautelar interpuesta por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para proteger a las personas internadas en los hospitales neuropsiquiátricos monovalentes de la Ciudad de Buenos Aires.

En su resolución, la magistrada ordenó que se “proceda a realizar testeos masivos e informe al tribunal el resultado de los mismos. Esto último,

ción del 29/05/2020, Expte. 78520397.

(16) CN Crim. y Correcc., “Kingston, Patricio”, Resolución 21/03/2020, Expte. 19200/2020.

en el plazo y del modo que el Ministerio de Salud considere conveniente en orden a las especificidades que los pacientes con discapacidad psicosocial presentan, respetando el decálogo de derechos que surgen del art. 7º de la Ley Nacional de Salud Mental y su decreto reglamentario” (17).

En esa misma causa, previamente, la jueza ordenó al Poder Ejecutivo de la Ciudad proveer de barbijos, tapabocas y elementos de higiene, así como adoptar protocolos para la atención en estos nosocomios (18).

II.3.c. Acceso al agua potable en barrios populares

El Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N.º 24 de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del juez Darío Edgardo Reynoso, hizo lugar a una medida cautelar presentada por los presidentes de las Juntas Comunales N.º 4 y N.º 8 y ordenó al Gobierno de la Ciudad que asegure la provisión de elementos sanitarios, de higiene y limpieza, así como el acceso al agua potable en las villas y barrios populares de las esas comunas (19).

En ese sentido, el magistrado dispuso que el Poder Ejecutivo debería adoptar Protocolos Específicos de Análisis, Acción y Prevención en materia de COVID-19 elaborados por especialistas en salud pública y de otras disciplinas para aplicar, difundir y publicitar en villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las Comunas 4 y 8 de esta Ciudad.

La medida, adoptada en un principio para barrios populares de las Comunas N.º 4 y N.º 8, fue extendida días después por el mismo juez a todas las villas, asentamientos y barrios vulnerables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (20).

(17) Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 12 CABA, “CELS v. GCBA”, Resolución del 22/05/2020, Expte. 3187/2020-0.

(18) Idem, resolución del 14/05/2020.

(19) Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 12 CABA, “Álvarez, Ignacio”, Resolución del 21/05/2020, Expte. 3429/2020-0.

(20) Idem, res. 29/05/2020. HYPERLINK “[https://drive.google.com/open?id=1\\_Ieqe4UETJtUuG7SYyRzP-s9iRSDxHeQl](https://drive.google.com/open?id=1_Ieqe4UETJtUuG7SYyRzP-s9iRSDxHeQl)”

II.3.d. Inconstitucionalidad del permiso de circulación para mayores de 70 años

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14 de la Ciudad, a cargo del juez Lisandro Fastman, hizo lugar a una acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad del permiso previo para circular establecido por el Gobierno de la Ciudad para aquellas personas mayores de 70 años (21), en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

La medida fue otorgada en el marco acción de amparo promovida por un abogado jubilado que ahora ejerce como periodista que se consideraba discriminado y afectado en su “derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita”, viendo vulnerados los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 29, 31, 43 de la CN, entre otros detallados en su presentación.

En su resolución (22), el magistrado declaró la inconstitucionalidad de dos artículos de la resolución que establecía que las personas de 70 años debían comunicarse con el nro. 147 del servicio de atención ciudadana previamente a salir del lugar donde estén cumplimiento el aislamiento, social, preventivo y obligatorio y cuya vigencia sería de 48 horas.

En base al principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN, el juez porteño señaló: “La imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos (...) resulta una exigencia más gravosa para el colectivo de personas que para el resto de la población”.

Asimismo, señaló que el aislamiento social, preventivo y obligatorio solo distinguió entre aquellas personas que prestan servicios esenciales de las que no, por lo que “la medida (más allá de sus buenas intenciones, por cierto, lo que

(21) Resolución Conjunta 16/MJGGC/2020 del Ministerio de Salud y Jefatura de Gabinete del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(22) Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 14 CABA, “Lanzieri, Silvano”, Resolución del 20/04/2020, Expte. 3045/2020-0.

se descarta) importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población”.

II.3.e. Medidas cautelares solicitadas por teléfono

El Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N.º 13 hizo lugar a una medida cautelar solicitada por teléfono al Juzgado por parte de dos secretarías del gremio Unión de Trabajadores de la Educación (UTE), que requerían la provisión de barbijos y medidas sanitarias para docentes.

En el caso, el Juez Guillermo Scheibler ordenó al Gobierno de la Ciudad que adopte las medidas necesarias para prevenir el contagio de aquellos docentes exceptuados del ASPO y ordenó a la aseguradora de riesgos del trabajo a dar cumplimiento con las normas de higiene, seguridad, control y supervisión del empleador (23).

Por otro lado, el Juzgado N.º 12 del mismo fuero, a cargo de Alejandra Petrella, también concedió una medida cautelar solicitada vía telefónica por el Ministerio Público Tutelar, para que el Gobierno de la Ciudad adopte medidas para garantizar el apoyo alimentario del grupo familiar hasta tanto concluya la cuarentena dispuesta por el Poder Ejecutivo nacional (24).

II.3.f. Ingreso de emergencia para artesanos mientras dure el aislamiento

El Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N.º 2, a cargo de Andrés Gallardo, dispuso que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá abonar mensualmente una suma de \$10.000 a artesanos de la calle Perú que acrediten la imposibilidad de ejercer las tareas de elaboración y ventas de artesanías en la feria artesanal.

(23) Juzg. Cont. Adm. y Tributario N.º 13 CABA, “Unión de Trabajadores de la Educación de Capital”, Resolución del 10/04/2020, Expte. 3018/20.

(24) Juzg. Cont. Adm. y Tributario N.º 12 CABA, “E., V. E.”, Resolución del 04/04/2020.

El caso fue iniciado por 4 personas que trabajan en la feria artesanal ubicada en la calle Perú en el microcentro porteño y que no pudieron acceder al Ingreso Familiar de Emergencia por no encontrarse en la base de datos de ANSeS, ni al aporte único extraordinario que proporcionaba el Gobierno de la Ciudad para personas en situación de calle.

En su resolución, el magistrado manifestó que “el Estado (ya sea el local o el nacional) no puede dejar abandonada a su suerte a las personas que, como consecuencia de las medidas adoptadas para evitar la propagación de la enfermedad, se ven privadas de realizar la actividad productiva y/ o comercial con la cual obtiene los recursos para atender a sus necesidades básicas”. En particular, el magistrado estableció que el Poder Ejecutivo de la Ciudad “deberá abonar la misma suma a aquellos integrantes del colectivo actor que eventualmente se presenten en autos invocando una situación de emergencia que justifique el otorgamiento de la asistencia” (25).

II.3.g. Licencia para una médica responsable de una familia monoparental

El titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 24, Darío Reynoso, ordenó al Poder Ejecutivo de la Ciudad que concediera a una mujer médica “una licencia especial con goce de haberes o en su defecto se disponga alguna modalidad de teletrabajo, ello en la medida que subsistan las condiciones que originaron el presente conflicto y hasta tanto el GCBA acompañe alguna propuesta que le brinde una solución (...) y así se compatibilicen las funciones laborales de la actora y su complejo contexto familiar, sin lesionar los derechos de la niña (...) y sin dejar de prestarle el debido cuidado y la asistencia adecuada” (26).

El caso se originó con el planteo de una médica pediatra, trabajadora en un hospital de la Ciudad, que solicitó una licencia por ser el único sostén familiar de su hija de 11 años de edad a la que, a raíz de encontrarse suspendidas las

(25) Juzg. Cont. Adm. y Tributario N.º 2 CABA, “S. M. I. y otros”, Resolución del 29/05/2020, Expte. 43301/20.

(26) Juzg. Cont. Adm. y Tributario N.º 24 CABA, “C. C. A.”, Resolución del 27/05/2020, Expte. 3483/2020.

clases y regir el aislamiento preventivo, debía dejar sola en su vivienda para salir a prestar sus funciones en la referida institución. Solicitó licencia (fundada en las previsiones del dec. 147/2020) ante el director del establecimiento, pero le fue negada al señalar que la norma no contemplaba a los trabajadores dependientes del Ministerio de Salud dado que se lo califica como “personal esencial”. Ante eso, interpuso una acción de amparo ante la justicia porteña y requirió el dictado de una medida cautelar.

El magistrado hizo lugar a la tutela precautoria y señaló que “la negativa de la demandada en otorgarle una licencia a la actora por desarrollar un servicio esencial, así como también, la omisión de brindarle una solución a su problemática en la dinámica familiar y la duración en la tramitación del proceso podría producir un riesgo en la integridad física, psíquica y emocional de la niña”.

#### II.3.h. Provisión de internet a barrios populares para garantizar la educación

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del juez Roberto Andrés Gallardo, dictó una medida cautelar según la cual el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deberá proveer internet en todos los barrios populares (villas y asentamientos), como también computadoras en préstamo a estudiantes en situación de vulnerabilidad.

La medida se dictó en el marco de un amparo colectivo iniciado con el objeto de que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires “que cese la omisión ilegítima y arbitraria de garantizar el derecho a la educación a las niñas, niños y adolescentes en edad escolar obligatoria que asisten a los establecimientos educativos de gestión pública y que no cuentan con medios para continuar sus estudios mediante las plataformas virtuales, por encontrarse en situación de vulnerabilidad social”. Asimismo, se solicitó que el Gobierno porteño presente una propuesta que garantice el derecho a la educación.

El magistrado destacó que “toda la normativa relativa al derecho a la educación, tanto internacional, como nacional o local, se estructura en base a un eje fundamental, como es el derecho a la igualdad de oportunidades y al principio de gratuidad”. Con esa base, indicó que la ley nacional 27.078, en su art. 1º declaró de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados y que el objetivo de la norma es “garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones”. En tal sentido, consideró que “luego de casi 3 meses de dispuesta la suspensión de clases presenciales, las autoridades locales no han instrumentado medidas concretas y efectivas que aseguren a todas y todos los alumnos y alumnas ese derecho, de poder continuar realizando desde sus hogares las actividades propias del ciclo lectivo que se encuentren cursando” (27).

#### III. Reflexión final

La excepcional situación que transitamos obligó a los poderes públicos a adoptar una serie de medidas destinadas a proteger la salud de la población y que afectaron una gran cantidad de relaciones jurídicas.

Los tribunales, si bien tuvieron que disponer ferias o asuetos extraordinarios, atendieron los planteos que les fueron llevados a su conocimiento, derivados de las medidas para prevenir la propagación del virus.

En este sentido, este artículo buscó poner de resalto (con fines descriptivos) una serie de pronunciamientos y apreciar el escrutinio judicial que se ejerció sobre algunas de las medidas excepcionales adoptadas por las autoridades públicas.

---

(27) Juzg. Cont. Adm. y Tributario N.º 2 CABA, “Asesoría Tutelar N.º 2”, Resolución del 08/06/2020, Expte. 3264/2020.

# El valor de las infraestructuras en contextos de emergencia sanitaria

Leonardo Massimino

**Sumario:** I. Introducción.— II. La situación de las infraestructuras. Una digresión necesaria.— III. Las infraestructuras públicas y la intervención estatal.— IV. La utilización de las infraestructuras públicas y la pandemia del COVID-19.— V. La gestión de las infraestructuras. La cuestión de los “picos” de demanda.— VI. Algunas tendencias actuales en el diseño de la infraestructura hospitalaria.— VII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

La irrupción de la pandemia vinculada al coronavirus (COVID-19) ha tenido —y sigue teniendo— impactos significativos en la vida cotidiana de las personas y de los Estados a nivel mundial. Ciertamente, la súbita aparición de este fenómeno ha motivado, en mayor o menor medida, una gran cantidad de cambios en las actividades individuales y comunitarias y, por esa razón, conviene estar atentos a las diferentes respuestas de los distintos países frente a esos cambios.

Como puede advertirse preliminarmente, es necesario reparar en la distinción —obvia, por cierto—, entre, por un lado, el fenómeno médico suscitado por el COVID-19 que ha sido declarado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una cuestión de emergencia de salud pública de importancia internacional y, como tal, podía ser caracterizada como una pandemia; y por el otro, la respuesta regulatoria que el fenómeno suscita en los respectivos Estados.

En nuestro país se dictó el dec. 260/2020 (12/03/2020) mediante el cual se amplió por el término de un año la emergencia pública en materia sanitaria inicialmente establecida mediante la ley 27.541. Posteriormente, se dictaron una gran cantidad de normas reglamentarias, entre las que se encuentra el DNU 297/2020 (20/03/2020) que dispuso, entre otras medidas,

el aislamiento social, preventivo y obligatorio en los términos indicados en ese decreto.

En ese marco, pretendemos poner de salto que las *infraestructuras públicas* adquieren en la actualidad, por múltiples razones, una importancia renovada y trascendente. Esto último es así porque si se repara con detenimiento, el aislamiento social, el confinamiento o el distanciamiento obligatorio, medidas no médicas implementadas por los Estados para evitar el contagio y/o propagación del COVID-19 y que tanta incidencia tienen en el plano económico, se motivan, justamente, en la insuficiencia de los sistemas de salud **(1)** para atender los picos

(1) Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) un sistema de salud comprende todas las organizaciones, instituciones, recursos y personas cuya finalidad primordial es mejorar la salud. Fortalecer los sistemas de salud significa abordar las limitaciones principales relacionadas con la dotación de personal y la infraestructura sanitarios, los productos de salud (como equipo y medicamentos), y la logística, el seguimiento de los progresos y la financiación eficaz del sector. Es la suma de todas las organizaciones, instituciones y recursos cuya finalidad primordial es mejorar la salud. Un sistema de salud necesita personal, fondos, información, suministros, transporte, comunicaciones y orientación y dirección generales. También tiene que prestar servicios que respondan a las necesidades y sean equitativos desde el punto de vista financiero, al tiempo que se dispensa un trato digno a los usuarios. Las malas condiciones de los sistemas de salud en muchas partes del mundo en desarrollo es uno de los mayores obstáculos al incremento del acceso a la atención sanitaria esencial. Sin embargo, los problemas relativos a los sistemas de salud no se limitan a los países pobres. En algunos países ricos, gran parte de la pobla-

de demanda de las personas afectadas por la enfermedad.

Además de los múltiples y gravosos impactos económicos que esta situación genera, las infraestructuras públicas, se convierten —paradójicamente— no solo en un condicionamiento para reanudar en forma pronta la normalidad económico-social, sino también en una importante herramienta para enfrentar las medidas preventivas de propagación del virus. En tal sentido, por ejemplo, son conocidos, por un lado, los esfuerzos de las autoridades públicas para aumentar la capacidad de la infraestructura hospitalaria y sanitaria de nuestro país para atender los picos de demanda de los casos COVID-19; como así también, por el otro, las fuertes regulaciones que se establecen con relación a la utilización los servicios públicos de transporte (aéreo, terrestre o subterráneo), con el propósito, reitero, de evitar la propagación comunitaria del virus.

Las circunstancias relatadas revelan *grosso modo* la necesaria relación que existe entre el fenómeno de la pandemia generada por la aparición del COVID-19 y las infraestructuras públicas. En tal estado, la irrupción de la pandemia genera, en lo que respecta al tema que tratamos, múltiples interrogantes: ¿qué lecciones podemos aprender del pasado sobre el manejo o la gestión de las infraestructuras que podamos tener en cuenta en el presente y en el futuro?, ¿las infraestructuras de salud tienen el mismo comportamiento, características y problemáticas que el resto de las infraestructuras públicas (2)?, ¿cuál ha sido el comportamiento de las principales infraestructuras públicas destinadas a la prestación de los servicios públicos durante la cuarentena?, etcétera.

El propósito de este trabajo es formular algunas consideraciones en torno a la importan-

ción carece de acceso a la atención por causa de disposiciones poco equitativas en materia de protección social. En otros, los costos son cada vez mayores a causa del uso ineficaz de los recursos (sitio web OMS, who.in.es).

(2) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, en A.A.V.V., Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, 375/48, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005.

cia que revisten las infraestructuras públicas en épocas de emergencia sanitaria.

En esa dirección, en primer lugar, me referiré brevemente al desarrollo de las infraestructuras en nuestro país. Seguidamente, ingresaré en la cuestión relativa a la importancia de esas infraestructuras públicas en el contexto de una emergencia sanitaria; refiriendo especialmente al aspecto de su gestión ante los requerimientos de demanda extraordinaria. Finalmente, formularemos algunas consideraciones a modo de epílogo.

## II. La situación de las infraestructuras. Una digresión necesaria

En relación a esta temática es necesario tener presente algunos aspectos que hacen al contexto en el cual se produce la emergencia sanitaria acaecida por la aparición del coronavirus (COVID-19) en nuestro país.

En primer lugar, debe señalarse que las emergencias públicas son frecuentes y conocidas en nuestro medio; sobre todo, las de tipo económicas, en torno a las que se ha forjado la denominada y conocida *doctrina de emergencia* (3). *Empero, por lo visto hasta ahora, la emergencia sanitaria presenta características que la singularizan tanto en el plano fáctico como en el jurídico, ambos interrelacionados* (4). En el primero, porque el COVID-19 se propaga de un modo muy rápido y exponencial, lo cual se refleja en su declaración como una pandemia por parte de la OMS. En el segundo porque las medidas adoptadas por las autoridades públicas para abordar esa problemática tensionan aspectos que hacen al normal funcionamiento institucional de nuestro Estado social y democrático de derecho, e inciden sustancialmente en la esfera

(3) Para ampliar, CRIVELLI, Julio C., “La emergencia económica permanente”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001; LORENZETTI, Ricardo L., “La emergencia económica y los contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, entre otros.

(4) Sobre el concepto de la “emergencia” en la teoría del derecho, ver GUIBOURG, Ricardo, “Norma, coyuntura y emergencia”, Suplemento de Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto), 06/08/2003, LL 2003-E, 1061.

de los derechos fundamentales de los ciudadanos (5).

Al respecto, cabe recordar que el art. 42 de la CN establece que “... las autoridades proveerán a la defensa de esos derechos...” —se refiere a los derechos de los usuarios y consumidores— y posteriormente agrega que aquellas deben proveer también “... a la calidad y eficiencia de los servicios públicos...”

Con esa proyección y en términos generales podría afirmarse que, en nuestro país y por razones cuyo análisis excede el objeto de este trabajo, las infraestructuras públicas existentes no conforman un verdadero *sistema de infraestructuras* en el sentido que su desarrollo y concreción hubiere respondido a un plan integral. Efectivamente, esta situación obedece, en gran parte, a que su conformación no ha respondido a una planificación pública sistémica ni tampoco ha sido una verdadera política de Estado (6).

Una evidencia empírica de este aserto la constituye, a mi modo de ver, la calidad insuficiente que presentan algunas prestaciones serviciales en las situaciones de demanda máxima —demanda pico— en determinadas épocas del año o frente a eventos específicos recurrentes. Lamentablemente, a modo de ejemplo, basta recordar que es un fenómeno conocido por todos que grupos o categorías de usuarios reclaman ante la insuficiencia —o ausencia— de ciertos servicios públicos (gas natural en época invernal y energía eléctrica en época estival, estaciones en las que son más necesarias estas prestaciones). También somos testigos, muchas veces, de largas colas o congestiónamiento de personas que se aglutinan en nosocomios públicos que bregan por ser atendidas para tratar las patologías que las afectan, por ejemplo, frente al aumento de casos de resfríos, gripes en invierno, etcétera.

(5) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “¿Salud Pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”, LL del 25/05/2020.

(6) Para ampliar, puede verse FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (FIEL), “Argentina: Infraestructura, ciclo y crecimiento”, Ed. FIEL, Buenos Aires, 1998.

Por cierto, la saturación también se produce en las llamadas infraestructuras regalísticas porque del mismo modo que ocurre con otro tipo de infraestructuras, actualmente asistimos al colapso de la capacidad del sistema penitenciario nacional para albergar a las personas privadas de libertad en las condiciones dignas que establece el art. 18 de la CN. Sobre este tema existen pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se han pronunciado sobre el estado insuficiente de esas instalaciones para albergar a la población carcelaria en nuestro país (7); y específicamente frente a la aparición del coronavirus (COVID-19), recordemos el debate suscitado recientemente a partir de la iniciativa referida de liberar u otorgar prisión domiciliaria a personas privadas de libertad y alojadas en el sistema penitenciario.

En definitiva, la ocurrencia de esta emergencia sanitaria pone en evidencia el estado de las infraestructuras públicas en nuestro país, circunstancia que es necesario diagnosticar objetivamente si pretendemos establecer estrategias para abordar de modo exitoso situaciones similares que puedan presentarse en el futuro.

### III. Las infraestructuras públicas y la intervención estatal

Tal como se infiere de lo dicho, hay múltiples razones de interés público que justifican la intervención estatal en materia de infraestructuras.

Estas razones, que son analizadas por calificada doctrina que seguimos en este apartado (8), se refieren, en primer lugar, a que estas infraestructuras se vinculan de manera íntima y directa con el desarrollo económico de un país, razón por la cual el Estado las promueve y regula. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, el desarrollo de infraestructura, al permitir un incremento del intercambio comercial, permite la ampliación de una base tributaria generadora de nuevos recursos al Estado, recursos

(7) Así, por ejemplo, la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 18 de junio de 2005, “Medidas Provisionales” en el caso de las penitenciarías de la Provincia de Mendoza.

(8) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios...”, ob. cit., ps. 378 y ss.

que podrán ser destinados a atender otras finalidades de interés general. En tercer lugar, porque el desarrollo de las infraestructuras permite el acceso de la población a los servicios que son considerados “esenciales” para la vida y el desarrollo económico y; en cuarto lugar, se invocan razones de naturaleza económica, como ser el carácter naturalmente monopólico de estas infraestructuras, las externalidades que producen, etcétera.

Por cierto, que el análisis de estas razones que justifican la intervención del Estado en las infraestructuras excede —y con creces— el propósito de este trabajo. Sin embargo, como podrá advertirse, en cualquier caso, la función que cumplen las infraestructuras públicas es central y decisivo en el contexto de emergencias sanitarias porque vemos que actualmente un óbice central para afrontarla reside, justamente, en la insuficiencia de la infraestructura de salud existente en nuestro país para atender una demanda “pico” de personas portadoras del COVID-19.

Por esa razón, como ya dijimos, en el contexto actual las infraestructuras públicas, se convierten, no solo en un condicionamiento para reanudar en forma pronta la normalidad económico-social, sino también en una importante herramienta para enfrentar las medidas preventivas de propagación del virus.

#### **IV. La utilización de las infraestructuras públicas y la pandemia del COVID-19**

Basados en la evidencia recabada puede afirmarse sin hesitar que las infraestructuras son un verdadero *termómetro* de los impactos que las emergencias —tanto económicas como, en este caso, sanitarias—, producen en la comunidad.

Recordemos que las infraestructuras públicas se maximizan con su utilización o, en otras palabras, que su importancia se traduce y evidencia fácticamente en la medida de los servicios que prestan.

Desde esta perspectiva, en el caso de la situación generada por el coronavirus (COVID-19), la utilización de las infraestructuras por parte de la ciudadanía ha reflejado una caída significativa de la actividad económica. De ello puede inferirse que una mayor dureza de las políticas de

cuarentena —entendidas como políticas no farmacéuticas de mitigación o prevención de contagio del coronavirus (COVID-19)—, se traduce en significativos perjuicios económicos cuya magnitud debería confrontarse con el costo que podría importar implementar políticas públicas preventivas y sustentables en esta materia que tiendan a evitar o mitigar aquellos impactos.

En cualquier caso, lo cierto es que la pandemia vinculada al COVID-19 ha tenido, además de impactos negativos en la actividad económica —porque, como sabemos, se ha producido el cierre de empresas, la disminución o desaparición de fuentes de trabajo, la falta de inversión, etc.—, otras consecuencias directas en la vida cotidiana de las personas.

Así lo demuestran, en lo que aquí interesa, diversos estudios realizados a nivel regional referidos a la asequibilidad, en ese contexto, de los servicios de electricidad, transporte y agua potable y saneamiento para los hogares de América Latina y el Caribe (ALC) (9).

En el caso del transporte uno de los principales efectos de la emergencia sanitaria ha sido la necesidad de disponer medidas de aislamiento social, afectando sustancialmente el uso del transporte público en la región.

En ese ámbito, estadísticas recientes —que comprenden ciudades como La Paz, México (DF), Lima, Bogotá, Buenos Aires, Santiago de Chile y San Pablo—, muestran que la caída de la demanda de transporte público ha sido en promedio del 75% en un conjunto de ciudades de la región después de la implementación de las medidas de aislamiento social.

El derrumbe de la demanda tiene varios efectos. Uno de ellos sería —dada su magnitud— que las empresas operadoras ven afectados sus ingresos por la prestación de los servicios, lo cual tendría incidencia en los subsidios a un sector que antes de la crisis ya dependía de importantes subsidios para cubrir los costos de operación.

(9) Estas consideraciones están basadas en el informe: SEREBRISKY, Tomás — BRICHETTI, Juan Pablo - RIVAS AMIASSORHO, María Eugenia, “El impacto del COVID-19 en la demanda de servicios”, 21/04/2020.

También se afirma que otro impacto es el ahorro en el gasto de los hogares debido a la reducción en el consumo de servicios de transporte. Sin embargo, estos efectos carecen de evidencia para sostener que ello pueda ser considerado por las autoridades para establecer una política pública en tal sentido sino, por el contrario, advertir la necesidad de remover prontamente las consecuencias del aislamiento.

Con relación al servicio eléctrico, siempre según el estudio que seguimos, surge que las medidas de confinamiento obligatorio no afectan por igual a los sectores que demandan electricidad. Sin lugar a dudas, el cambio de comportamiento de la demanda de consumo de electricidad tendría incidencia en los niveles y estructuras tarifas de esos sectores.

A diferencia del caso de transporte público y electricidad, el sector de agua potable y saneamiento no cuenta en la región con estadísticas “en vivo” para poder entender el impacto real de las medidas adoptadas para palear la pandemia del COVID-19 (confinamiento, la exhortación a una mayor higiene, entre otros) sobre la demanda de agua potable y saneamiento. Pese a ello, al ser un servicio domiciliario, la dinámica esperada es similar al caso de la energía eléctrica.

Es decir, los resultados que muestran los primeros estudios ponen de manifiesto que el impacto del COVID-19 en la demanda de servicios es realmente significativo, con un impacto más profundo en la demanda del transporte público y en menor medida en la demanda de energía eléctrica y agua. Cabe señalar, no obstante, que, como consecuencia de la permanencia de las personas en sus hogares, la utilización del servicio de internet ha tenido un comportamiento singular porque su utilización se ha incrementado notablemente. Esta circunstancia pone de resalto la importancia creciente de la conectividad en estos contextos **(10)**.

En nuestro país, el comportamiento de los servicios ha sido similar a lo acaecido en la re-

gión **(11)** y las autoridades han adoptado medidas tendientes a asegurar la prestación de estos servicios en la emergencia. Así, por ejemplo, el DNU 297/2020 (20/03/2020) —que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (art. 1º ib.)—, exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, entre las que se encuentran, el personal afectado a obra pública, las actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales, la recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; el mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; el transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP; los servicios postales y de distribución de paquetería; las guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de petróleo y gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica, etc.

Asimismo, el DNU 311 del 24 de marzo de 2020, prohibió los cortes a los servicios esenciales por falta de pago. En efecto, el Gobierno decidió prohibir por 180 días a las empresas de servicios públicos los cortes de luz, gas, agua, telefonía móvil y fija, internet y televisión por cable a los jubilados, beneficiarios de Asignación Universal por Hijo (AUH), monotributistas y trabajadores en general que no perciban más de dos salarios mínimos.

En suma, como puede verse, las infraestructuras públicas y los servicios que ellas prestan se transforman en herramientas indispensables para la implementación de las políticas públicas tendientes a abordar las distintas situaciones y consecuencias que derivan de la emergencia sanitaria.

(11) En tal sentido, en Infobae Económico del 12/06/2020 se informó que el consumo de servicios públicos cayó 6% interanual en marzo y dio cuenta que el INDEC informó que el consumo acumuló un retroceso de once meses consecutivos.

(10) Idem.

## V. La gestión de las infraestructuras. La cuestión de los “picos” de demanda

Se ha dicho que la prioridad sanitaria en los contextos de la pandemia es aplanar la curva de contagios; es decir, el propósito de la política pública es ganar tiempo para que el sistema de salud pueda responder y atender a los casos coronavirus (COVID-19) positivos en los momentos de mayor demanda.

De allí, justamente, la aludida relevancia que se asigna al aislamiento social preventivo como una política no farmacéutica de prevención que, de otro costado, importa —recordemos— una notable injerencia de intervención estatal en la esfera de los derechos fundamentales de las personas y significativos impactos negativos en la actividad económica.

En ese marco, según datos emanados del propio Ministerio de Salud de la Nación, el pico de la pandemia se esperaba, en principio, para mediados de abril de 2020, luego se esperaba para mediados del mes de mayo y así se ha ido posponiendo en el tiempo según la evolución de la pandemia.

Según estimaciones oficiales, en nuestro país existen 8500 camas con respiradores, por lo que el Gobierno busca dotarse de otros 1500 prontamente. La cantidad de camas parece suficiente. Pero el problema radica en que el 80% de esas camas con respiradores se encuentran ocupadas con pacientes que poseen otras patologías (12).

Es por eso que el Gobierno dispuso que en hospitales públicos y en clínicas privadas, las cirugías programadas deberán esperar unos meses hasta tanto salgamos de la crisis pandémica. Por su parte, el Ministro de Salud de la Nación precisó que el Ministerio compró todos los respiradores disponibles en el mercado, que suman solo 64, pero advirtió que ya está en contacto con las tres fábricas de respiradores en Argentina y que toda su producción será adquirida

(12) Al tiempo de escribirse estas líneas, tal es la información relevada por Infobae en “Respiradores artificiales: cuántos hay en la Argentina y por qué son tan importantes frente al coronavirus”, [www.infobae.com](http://www.infobae.com), 27/03/2020.

en los próximos dos meses, a razón de 130 por semana (13).

Además, mencionó que China está donando respiradores artificiales, y que empresarios privados harán una donación importante para adquirir más unidades, entre otras medidas de refuerzo tendientes a contar con una mayor cantidad de respiradores ante un posible masivo contagio de COVID-19.

Esta situación nos enfrenta a la necesidad de contar con una planificación pública eficiente de las infraestructuras públicas de modo que estas resulten suficientes para atender la demanda de servicios, incluso abordar las situaciones demanda extraordinaria.

En esa dirección, deberíamos tener presente que la demanda de un bien o servicio determina su dinámica de producción. Conocer cuándo ocurren estos picos puede apoyar a la planeación de la demanda, con el fin de evitar escasez, retrasos en las entregas y otorgar mejores niveles de servicio (14).

En determinada temporada del año y sin importar el tipo de bien o servicio, la demanda experimenta cambios inesperados que debieran ser identificados y controlados con anticipación valiéndose de información cuantitativa y llevada a parámetros de interpretación cualitativos.

Los picos de demanda no deben ser intuitos como simples hechos fortuitos y aleatorios. Por el contrario, suelen representar patrones de comportamiento estacional recurrente y se deben entender como factores de corrección de tendencia para extrapolarlos y agregarlos dentro de la demanda.

Los cuellos de botella ocurren durante periodos de picos de demanda donde los recursos están escasos, lo cual no permite afrontar estos

(13) Idem.

(14) Para ampliar, ESPEJO GONZÁLEZ, Marco, “Picos de demanda: ¿cómo aseguro mis niveles de servicio?”, *É* logística Revista Énfasis, 10/06/2020; consultor logístico senior, investigador, docente en materias Logísticas y Speaker en Expo Logística Panamá 2012, Logistic Summit & Expo México 2013, Workshop Approllog - Universidad del Pacífico 2013, [mespejog@espejo-aranibar-consultores.com](mailto:mespejog@espejo-aranibar-consultores.com).

cambios, haciéndose necesario prever que ocurrirán con la suficiente antelación para mitigar sus consecuencias. Además, con mucho cuidado debemos elegir el horizonte de planificación; si es demasiado corto, no se podrán anticipar los cambios repentinos de la demanda, en cambio si es demasiado largo, estas previsiones pueden ser vistas como poco confiables.

En definitiva, solo se trata de reparar que una planificación eficiente de las infraestructuras públicas, entre la que se cuentan las de salud, ha de considerar, entre otras reglas de diseño, la demanda de servicio estimada y su carácter finito o limitado.

## **VI. Algunas tendencias actuales en el diseño de la infraestructura hospitalaria**

Con base en las consideraciones vertidas en el apartado anterior, agregamos ahora que el desarrollo de las infraestructuras de salud presenta, como ocurre en cualquier tipo de infraestructuras, reglas específicas de configuración y diseño. Al respecto, se han listado ciertas tendencias en este campo que tienen que ver con el ambiente en el que se emplazan las infraestructuras, los propósitos que ella debe perseguir y, ciertamente, como se resalta en la actualidad, los sistemas de salud deben estar preparados para atender situaciones extraordinarias e imprevistas (15).

En efecto, en dichas tendencias se menciona que el diseño arquitectónico hospitalario debe estar basado en la evidencia (esto es, definir los objetivos del hospital sobre datos fiables y monitorear su implementación para medir resultados); se valoriza el entorno como elemento sanador (el diseño tiene el reto de lograr un equilibrio entre la estructura y la naturaleza); se repara en el enfoque en la eficiencia, eficacia y seguridad del paciente (atendiendo las particularidades de los “mundos” especiales de los pacientes, familias y proveedores); se incluyen prácticas de diseño sostenible (son prácticas de diseño y construcción que reducen en gran medida el impacto negativo de los edificios so-

bre el medioambiente y sus ocupantes); se promueve una humanización de la infraestructura (la creación de ambientes curativos refiere a la interacción de los cinco sentidos de la persona con el ambiente); se repara en estándares de calidad y certificaciones (cuya implementación permite a todas las organizaciones de salud implementar estándares superiores de calidad) y, fundamentalmente y en la que aquí interesa, se pretende que las infraestructuras hospitalarias estén preparadas para la atención de enfermedades de interés mundial.

Con relación a esta última tendencia en el diseño hospitalario, se dice que proporcionar una infraestructura segura requiere un enfoque multidimensional. Las condiciones de acceso y las facilidades para la atención de desastres, heridos que llegan en forma masiva y/o simultánea; así como la de pacientes con situaciones especiales por contaminación química, biológica, radioactiva o enfermedades de interés mundial, necesitan una edificación planificada que cuente con los accesos correspondientes y las condiciones para atender, aislar y/o contener en caso de ser necesario enfermedades transmitidas por vectores, ébola, síndrome respiratorio agudo grave (SARS, por su sigla en inglés), contaminación química, biológica o radioactiva, entre otras, para evitar la contaminación y la cuarentena del servicio completo y poder continuar prestando servicios a otros pacientes.

En la actualidad, los están involucrados en el desarrollo de proyectos de infraestructura hospitalaria deben utilizar herramientas como los estudios de mercado y los análisis de prospectiva con el fin de poder anticiparnos a los cambios y dar respuesta a las necesidades actuales, de mediano y largo plazo, procurando por la modularidad y estandarización de los espacios.

Asimismo, se ha dicho, aquellos que están encargados del diseño hospitalario, se encuentran en la obligación de entender que el mundo de la prestación de servicios de salud está cambiando; la deshospitización es una tendencia cada vez más fuerte, que evita la exposición a riesgos por cada día de hospitalización de forma exponencial (16).

(15) Seguimos en este apartado a Héctor Mario Mejía, MD, y equipo de Hospital Design & Quality, “7 tendencias actuales en infraestructura hospitalaria”, El Hospital, abril-mayo de 2018, EH0418INFRA.

(16) Idem.

## VII. A modo de conclusión

La aparición de la pandemia del coronavirus (COVID-19) ha impactado decididamente en todas las actividades humanas produciendo consecuencias disvaliosas no solo el campo de la economía, sino también en el normal funcionamiento de nuestro Estado de Derecho.

En ese contexto, las *infraestructuras públicas* adquieren en la actualidad una importancia renovada y trascendente. Esto último es así porque si se repara con detenimiento, el aislamiento social, el confinamiento o el distanciamiento obligatorio, medidas no médicas implementadas por los Estados para evitar el contagio y/o propagación del coronavirus (COVID-19), se motivan, justamente, en la insuficiencia de los sistemas de salud para atender los picos de demanda que pueden presentarse para atender a las personas afectadas por la enfermedad.

Ciertamente, una lección que nos deja esta emergencia sanitaria —no significa que la aprendamos— es, como dice el adagio, *mejor prevenir que curar*; lo que significaría en esta cuestión una obviedad: que es más eficiente dedicar esfuerzos en contar con una planificación previa de las infraestructuras necesarias para atender determinadas necesidades públicas, que tener que soportar a posteriori, en épocas de picos de demanda previsibles o cuando se presentan determinadas emergencias, todos los costos e impactos negativos por no contar con aquellas.

Al respecto, conviene enfatizar, además, que, en materia de infraestructuras públicas, las soluciones no son mágicas, sino que su desarrollo exige una planificación sistémica que constituya una verdadera política de Estado. Un inmenso desafío en nuestro sistema.

# La normativa COVID-19 como hecho del príncipe

Jorge I. Muratorio

**Sumario:** I. Emergencia y pandemia COVID-19.— II. Normativa COVID-19.— III. Normativa COVID-19 y contratación pública.— IV. La teoría del hecho del príncipe.— V. El régimen de contrataciones públicas y la teoría del hecho del príncipe.— VI. Corolario.

## I. Emergencia y pandemia COVID-19

La pandemia COVID-19 declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) viene a agravar notablemente —y en escala mundial— la situación de nuestro país, que ya transitaba una larga historia de situaciones de emergencia.

En efecto, la normativa de emergencia por la pandemia se enlaza como un eslabón más de esa cadena de regulaciones excepcionales y extraordinarias —y a la vez ya “tan comunes”—, dándole continuidad, tal como ha sucedido respecto de la ley 27.541 de 2019, por parte del decreto de necesidad y urgencia [“DNU” (1)] 260/2020 y la treintena de sus similares siguientes (2).

Es que, desde finales de los años ochenta, nuestro país se ha encontrado —casi sin tregua— bajo emergencias de índole económica, social, sanitaria, administrativa, etc. (3), reguladas a través de normativas específicas, a tal punto que se ha generado todo un derecho al respecto, la “doctrina de la emergencia” o “es-

tado de emergencia” (4), dentro de la cual se apunta también la situación actual por la pandemia.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, con la finalidad de custodiar la paz social y el interés general, las normas de emergencia permiten satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada ante acontecimientos extraordinarios, para lo cual la situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso, con debido sustento en la realidad y en orden a ejercer los poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad, persiguiendo la satisfacción del interés público y en protección de intereses básicos de la sociedad, utilizando razonablemente remedios propios y justificados, con limitación en el tiempo en función la exigencia de su razón (5).

La emergencia en sí misma y el derecho que la regula impactan sobre todas las actividades de la sociedad. En el caso actual esto ha sido más drástico todavía pues su factor de atribución (el coronavirus SARS-CoV-2 y la resultante pandemia COVID-19) es externo, ha aparecido imprevistamente y ataca directamente la salud de las personas humanas, a partir de lo cual las medidas de defensa impactan sobre sus libertades —de circulación, de trabajo, industria, comercio, etc.— de allí en el mercado. Esto último

(1) Conforme las previsiones del art. 93, CN, y de la ley 26.122.

(2) Una compilación oficial puede verse en “Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID-19”, <http://www.saij.gob.ar/>.

(3) Ver en este sentido FLORES, Álvaro, “El coronavirus y su impacto en la contratación pública”, página web del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral, 20/03/2020, disponible en <http://www.obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>.

(4) Término utilizado por la ley 23.696 y luego por la Corte Suprema para emergencias posteriores (CS, Fallos: 328:690: 334:596, entre otros).

(5) CS, 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c. EN y otros s/ amparo”, CS, Fallos: 327:4495.

repercute sobre la situación de personas humanas y jurídicas y así sucesivamente.

Esto ha modificado el patrón de las últimas emergencias que conocíamos, derivadas de descalabros económicos en nuestra economía, con mayor o menor influencia externa, que impactaban directamente en el mercado y luego en las personas humanas.

## II. Normativa COVID-19

Tal como ha sostenido recientemente al respecto la Corte Suprema, la pandemia COVID-19 configura una circunstancia de extrema incertidumbre, una emergencia que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente (6).

Pero a la vez, nuestro el Alto Tribunal ha recordado algo muy importante: aún en ese contexto “sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos”, en tanto que “[l]as emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho” (7).

Esto supone que todos los efectos perjudiciales de las normas dictadas con motivo de la pandemia deben ser tratado dentro del Estado de derecho. Inclusive los que repercuten sobre la contratación pública, pues, como bien se ha sostenido, esta “[s]upone una radiografía de la situación material en la que se desenvuelve el Estado de derecho de cualquier país democrático avanzado” (8).

Así las cosas, cabe mencionar que de momento la normativa COVID-19, como adelantamos, se compone básicamente de la ley 25.541 y una treintena de DNU, por la cual se ha ido migrando de una obligación general de “aislamiento social” de las personas en sus residencias, hacia

una etapa de “distanciamiento social”, en función de la evolución de la pandemia a lo largo de nuestro territorio.

La ley 27.541 de 2019, que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta 31/12/20, así como por los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020 y 520/2020 —entre otros—, sus normas complementarias y reglamentarias (en adelante y en conjunto “Normativa COVID-19”), en cuya virtud rige desde 20/03/2020 un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (“ASPO”), por un plazo que se ha prorrogado reiteradamente en atención a la situación epidemiológica y concentrándose en las zonas más pobladas, para dar lugar en el resto del país solo a la exigencia de un distanciamiento social.

En función de dicho aislamiento, las personas deben permanecer en sus residencias, absteniéndose de concurrir a sus lugares de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos —salvo desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos—, bajo control y sanción estatal.

Se exceptúa de todo ello a las personas afectadas a las “actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”, tales como personal de salud, de fuerzas de seguridad y fuerzas, Fuerzas Armadas, autoridades gubernamentales superiores, trabajadores públicos convocados para garantizar las actividades requeridas por las respectivas autoridades, personal de supermercados, farmacias, industrias alimenticias, de insumos sanitarios y de medicamentos, etcétera.

Con el tiempo y fundamentalmente por lo dispuesto por el DNU 520/2020, nuestro país se encuentra entonces bajo dos situaciones regulatorias, una, la del mencionado “aislamiento social”, centrada en la densamente poblada “Área Metropolitana de Buenos Aires” (“AMBA”) (9)

(6) CS, 24/04/2020, in re “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ Acción declarativa de certeza”, consids. 4º y 17.

(7) Ibidem.

(8) VILLALBA PÉREZ, Francisca L., “Nociones básicas de contratación pública”, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, 2ª ed., p. 13.

(9) El AMBA comprende la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes cuarenta [40] partidos de la provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avella-

así como algunos lugares puntuales de ciertas Provincias, y, otra, la de todas las Provincias donde rige el “distanciamiento social”, con reapertura de la mayoría de las actividades económicas, etc., conforme a protocolos sanitarios y en tanto no se concentren cantidades significativas de personas en relación de estrecha proximidad.

En definitiva, esta es la respuesta normativa “defensiva” frente a la hecatombe, donde se comenzó estableciendo una prohibición general al ejercicio de la libertad ambulatoria (con todo lo relacionado al efecto) que se recupera paulatinamente mediante excepciones tabuladas, lo cual nos recuerda al “poder de policía” tal como la describía Otto Mayer a principios del siglo XX, en cuanto se dictan reglas de derecho contra las perturbaciones sociales, en protección y defensa del buen orden de la cosa pública (hoy, del interés público) (10).

Decía Mayer que cuando tales perturbaciones se producen por fuerzas naturales de gran poder que ponen en peligro en vasta proporción la vida de los hombres —tal lo que acontecido ahora—, se trata de casos de “calamidad pública” y las medidas policiales deben ser proporcionales a ese peligro, agregando que la regla de derecho policial puede implicar una prohibición de actividades con reserva de permiso. “El permiso significa simplemente el restablecimiento de la libertad; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él”. “El permiso descarta la prohibición para el caso dado”, “... la libertad se restablece como si no existiera la prohibición” (11). Pero para obtener ese permiso debe cumplirse la formalidad de la

neda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate (art. 11 del DNU 520/2020).

(10) MAYER, Otto, “Derecho Administrativo alemán”, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., t. II, ps. 19 y ss.

(11) *Ibidem*, t. II, p. 61.

aprobación, que supone controlar previamente que el ejercicio de esa libertad sea posible (12).

Es esto sin dudas lo que estamos viendo en la regulación policial de la pandemia. Prohibición general de circulación y actividades, con excepciones para actividades esenciales según parámetros epidemiológicos, y con ejercicio supeditado al cumplimiento de protocolos sanitarios.

### III. Normativa COVID-19 y contratación pública

Llamaremos aquí “contrataciones públicas” a los sistemas de contratación estatales, comprensivos de los regímenes que regulan la adquisición de los bienes, obras y servicios estatales, sus aspectos procedimentales y regulación propia de los contratos, tanto “administrativos” como regidos por el derecho privado y toda la normativa al efecto aplicable (presupuestaria, ambiental, de defensa de la competencia, de integridad, sustentabilidad, etc.).

En tanto la regulación de las contrataciones públicas corresponde a cada jurisdicción (Nación, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (13), referiremos seguidamente en especial a la normativa nacional.

Asimismo, ciertamente la pandemia (así declarada el 11/03/2020) viene impactando en los contratos en general y en la contratación pública en particular, pero probablemente mucho más se debe ese impacto a la aplicación de la Normativa COVID-19, pues en definitiva esta regulación policial es la causa directa de la restricción de derechos de las personas humanas, y, luego de las personas jurídicas y de la actividad empresarial, industrial, comercial, etc., pues a partir de ello es que los contratos públicos no pudieron cumplirse, se suspendieron de hecho, se modificaron y en lo sucesivo deberá estable-

(12) *Ibidem*, t. II, p. 61.

(13) Tal es lo que sucede cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza administrativa, en los cuales una provincia actúa en carácter y utilizando facultades de poder administrador, conforme su propia normativa (CS, 16/12/2014, “Río Negro, provincia de c. AYCSA TENSIS SA y otra s/ cobro de pesos”, CS, Fallos: 337:1503 y jurisprudencia allí citada).

cerse qué tanto han sido impactados por las regulaciones para renegociarse, novarse o rescindirse.

En efecto, la Normativa COVID-19, más allá de la regulación de emergencia que previó frente a la pandemia (14), ha modificado directamente algunos contratos, mientras que sin dudas tiene aptitud suficiente para impactar indirectamente en tantos otros (incluso agravando la situación de los primeros también por la repercusión en su contexto).

Así, por ejemplo, la Normativa COVID-19 modificó directamente y en función de lo previsto por el DNU 311/2020 (15), contratos y licencias de servicios públicos de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, y telefonía fija que, en los cuales se alteraron los aspectos atinentes a la mora y falta de pago de parte de determinados usuarios considerados más vulnerables (16). Del mismo modo, a través de resoluciones de la Dirección Nacional de Vialidad se modificaron transitoriamente diversos contratos de concesiones viales y contratos de participación público-privada (17), en los cuales se suspendió el cobro de tarifas de peaje y de la contraprestación por tránsito —respectivamente—, manteniéndose en su caso obligaciones tales como de

(14) Art. 2º, inc. 6º), del DNU 260/2020 modif. por DNU 287/2020 (BO 18/03/2020) y normas complementarias.

(15) BO 25/03/2020.

(16) Beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo (AUH), de la Asignación por Embarazo; Inscriptos en el Régimen de Monotributo Social; Jubilados y pensionados; usuarios que perciben seguro de desempleo; Electrodependientes, beneficiarios de la ley 27.351; Usuarios incorporados en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (ley 26.844); Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza; usuarios no residenciales afectados por la emergencia (Micro, Pequeñas y Medianas Empresas; Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social —INAES—; instituciones de salud, públicas y privadas; las Entidades de Bien Público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria y ciertos beneficiarios de Pensiones no Contributivas; trabajadores en relación de dependencia, y rabajadores monotributistas.

(17) Conf. ley 27.328 y normativa complementaria.

prestar el servicio de emergencia en la red vial concesionada y los servicios principales (18).

Por otra parte, todas las restricciones sobre las personas y sus efectos en el mercado, claramente impactaron e impactan también sobre aquellos y sobre tantos otros contratos públicos, ya sea que no se pudieron ejecutar por las restricciones a la asistencia a los lugares de trabajo —o no podían hacerlo todos, atento la existencia de “grupos de riesgo”—, ausencia o escasez de materiales, de crédito, imposibilidad o limitaciones en transporte, de elementos sanitarios, cierre de fronteras, restricciones laborales (prohibición de despidos ante falta de actividad), requerimiento de protocolos sanitarios, funcionamiento limitado de los organismos administrativos, etc. Ciertamente toda la cadena productiva y comercial del país fue impactada por la Normativa COVID-19 y esto no pudo pasar de modo inocuo para la contratación pública.

Cabe precisar que de momento la normativa nacional no contiene previsiones específicas para la remediación de las situaciones mencionadas de alteración —gravosa— directa o indirecta en contratos públicos por la Normativa COVID-19. Esto, sin perjuicio de mencionar ciertas previsiones en normas provinciales respecto de sus contrataciones públicas, fundamentalmente tendientes a establecer mecanismos de renegociación o rescisión, entre otros aspectos por la propia pérdida de capacidad de pago estatal (19).

(18) Res. DNV 122/2020 (BO 01/04/2020), 189/2020 (BO 20/04/2020), 214/2020 (BO 28/04/2020) y 276/2020 (BO 19/05/2020).

(19) Así, por ejemplo, la provincia de Mendoza ha facultado al Poder Ejecutivo y por el plazo de doce meses a renegociar contrataciones, precedida de un acuerdo entre las partes y de no lograrse permite tanto como reprogramar cláusulas y resolver contratos de suministro, obra, locación de servicios y consultoría, etc., así como reorganizar, optimizar o modificar las condiciones originales de contrataciones vigentes para atender la emergencia (dec. 401/2020 ratificado por ley 9220, BO del 04/04/2020). La Provincia de Buenos Aires estableció un procedimiento para la renegociación y/o rescisión de contratos de bienes y servicios que generen obligaciones a cargo del Estado provincial —celebrados con anterioridad a la emergencia—, en el cual destaca el establecimiento de plazos y etapas para ello, así como el límite de la renegociación en los precios máximos fijados por la autoridad provincial y/o nacional, según corresponda; la

Por otra parte, cabe mencionar que en otros países, como por ejemplo en España, vemos que se establecieron oportunamente regulaciones específicas para paliar las consecuencias del COVID-19 y —especialmente— de las medidas adoptadas por el Estado o las Administraciones para combatirlo, ambas causas, tal como en el caso de los contratos públicos de servicios, de suministros de prestación sucesiva y de obras, de modo de considerarlos “automáticamente suspendidos” cuando deviniera imposible su ejecución, sin que ello pudiera considerarse una causal de resolución y estableciendo la procedencia de abonar por la entidad adjudicadora al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el periodo de suspensión (gastos salariales, mantenimiento de garantías, alquiler y costos de maquinarias, pólizas de seguros); y prever prórrogas para los

exigencia de documentar un impacto de la emergencia superior al 10% en la ecuación contractual; las adecuaciones que puede proponer la autoridad estatal, tanto de los plazos a las condiciones de disponibilidad de fondos públicos, cuanto de las prestaciones y/o montos contratados, cuando ello resultare posible técnicamente, y no implicare una modificación mayor 35%; las renunciaciones exigidas —a reclamar mayores gastos generales directos o indirectos de cualquier naturaleza y otras indemnizaciones—, etc. (dec. 304/2020, BO 04/05/2020). La provincia de provincia de Santa Fe invoca la disminución abrupta de la recaudación provincial, previendo la continuación de esa situación, aclarando que COVID-19 y Normativa COVID-19 afectan con igual fuerza tanto al sector público como al privado, para facultar entonces a Ministro de Economía a pagar acreencias con títulos de deuda provinciales y a la emisión de cheques de pago diferido (con vencimiento luego del ejercicio financiero) con destino a la atención de renegociaciones de contratos públicos (dec. 415/2020, BO 12/05/2020). Y, finalmente, mencionaremos el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), donde a través de la ley 6301 se ha facultado a la Administración comitente a disponer la revisión de la totalidad de la contratación pública, procesos en trámite y en curso de ejecución —bienes, servicios, suministros, obra pública, concesiones y permisos—; suspender, resolver, revocar, rescindir, o modificar —extensión del plazo— las condiciones esenciales de las contrataciones, en virtud de razones de oportunidad, mérito o conveniencia, siempre que ello resulte financiera o económicamente más conveniente para el interés público, previo dictamen de la Procuración General de la Ciudad. Asimismo, se establece el derecho del contratista solo al reconocimiento de gastos incurridos y probados —No lucro cesante o intereses de capitales requeridos para financiación—, y al reembolso de gastos, lo cual se hará efectivo concluida la vigencia de la Ley de Emergencia y según disponibilidad financiera.

casos de demoras (con previsión de abonar gastos salariales adicionales); así como y para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el reconocimiento del derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante ampliación de plazo (hasta 15%) o la modificación de las cláusulas de contenido económico para compensar a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (incluye gastos adicionales salariales) (20).

#### IV. La teoría del hecho del príncipe

Los contratos en ejecución encuentran su situación de equilibrio económico financiero —y su equidad de prestaciones— al momento de su celebración, de modo que el impacto que les produzca la pandemia y/o la Normativa COVID-19, además de constituir una causal que los eximirá de responsabilidad frente al comitente estatal, en la medida en que altere aquel equilibrio, determinará la necesidad de restablecerlo a través de la correspondiente renegociación o bien podrán pretender la responsabilidad del Estado por el daño causado.

En efecto, en el ámbito de los contratos administrativos, juega un rol preponderante el equilibrio de prestaciones, la “equivalencia honesta” o “ecuación económico-financiera” del contrato, que asegura una proporción entre las cargas y beneficios de las partes, y que se incorpora como parte del derecho de propiedad del contratista, con tutela constitucional. Y como destaca Brewer Carías, esto supone la obligación implícita para el estado comitente de no alterar ese equilibrio en los contratos públicos (21).

Aparece entonces un renovado interés por la teoría del hecho del príncipe, largamente recep-

(20) Art. 34 del Real dec.-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

(21) BREWER CARÍAS, Allan R., “Sobre la confianza en el cumplimiento de los contratos públicos: el principio del Hecho del Príncipe en la contratación administrativa, para garantizar los derechos de los cocontratantes de la Administración”, Nueva York, septiembre de 2018, disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/09/1217.-Brewer.-art.-EL-PRINCIPIO-DEL-HECHO-DEL-PRINCIPE-EN-LOS-CONTRATOS-P%3%9ABLICOS.-12-8-2018.pdf>.

tada por nuestra doctrina, y, en distinta medida por la normativa y muy poco, en cambio, por la jurisprudencia.

Tal como lo explica Cassagne, es Marienhoff uno de los primeros juristas argentinos que abordó integralmente la temática del hecho del príncipe, estableciendo que la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato (22).

Y conforme lo enseña Marienhoff, esta teoría aplica a todos los contratos administrativos y da lugar a la responsabilidad del Estado, con fundamento en los “principios” de los arts. 16 y 17 de la CN (protección de la igualdad y de la propiedad), procediendo la reparación integral del cocontratante cuando, dentro de la llamada “alea administrativa”, de modo imprevisible o irresistible, se produce un acto —de carácter o alcance “general”, por ejemplo, la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias—, imputable al “Estado”, cualquier órgano o repartición estatal perteneciente a un mismo orden jurídico —es decir, al orden nacional o al orden provincial, se trate o no de la autoridad pública que intervino en la celebración del contrato—, lesivo a la ecuación o equilibrio económico financiero del contrato —por ej. actos que modifiquen las condiciones exteriores de ejecución del contrato—, influyendo entonces en el contrato por vía refleja o incidental, pero siempre causando lesión en el derecho del cocontratante (23).

Se trata de normas o actos estatales basados en razones de interés público, decididos al margen de las relaciones que se establecieron en el contrato administrativo, pero sus efectos se proyectan negativamente en este, afectando su economía (24).

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia contractual”, en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, Estudios sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, p. 456.

(23) MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, nro. 764 y ss.

(24) Cfr. FIORINI, Bartolomé, “Derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, t. II, ps. 660-661.

Como explica Rodríguez-Arana Muñoz es la “adopción por la Administración de ciertas medidas de carácter general e imprevisible, ajenas al contrato o ‘externas’ (es decir, no relativas a la relación Administración-contratista) y por ende no directamente relacionadas con el objeto del contrato, pero que provocan indirectamente un daño especial al contratista” (25).

Esa normativa es la que causa una lesión en el derecho del cocontratante, que produce un desequilibrio de la ecuación económico-financiera de este, de modo que la parte perjudicada debe ser resarcida de los perjuicios producidos por parte de la Administración contratante (26). De allí que se configura un supuesto de responsabilidad del Estado (27).

Como expresa Cassagne, el auge que asumió durante el siglo XX el desarrollo de la potestad reglamentaria —a través de leyes y reglamentos estatales—, fuera del marco contractual, pero con efectos en este y sobre el contratista público, planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los cocontratantes privados, de modo que después de imponerse la teoría del hecho del príncipe, se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa (28).

En ese mismo sentido Muñoz Machado sostiene que el *factum principis*, entendido como decisiones generales que afectan indirectamente al objeto del contrato, actuaciones del poder público adoptadas con absoluta independencia del contrato y con imposibilidad de que el contratista pueda preverlas y tenerlas en cuenta, genera la obligación de restablecer el equilibrio económico de la totalidad de la contratación administrativa, más allá de que determina una compensación que se ha incardinado habitual-

(25) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Derecho administrativo español”, Ed. Porrúa, México, 2005, ps. 199-200.

(26) Cfr. Idem.

(27) Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., ob. cit., p. 491.

(28) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 456.

mente en la responsabilidad patrimonial de la Administración (29).

Es interesante distinguir que el hecho del príncipe es tanto una causal de eximición de responsabilidad del contratista cuanto de renegociación para la recomposición del contrato, al comprometer la responsabilidad del Estado.

Como veremos seguidamente, los dos primeros aspectos —eximición y recomposición— encuentran fundamento no solo en los arts. 16 y 17, CN, sino también en el régimen general de contrataciones.

Por su parte, la responsabilidad del Estado nacional se encuentra regulada en la ley 26.944 (30), en la cual y para el ámbito extracontractual se establece por un lado la eximición de la responsabilidad al Estado si los daños y perjuicios se derivan de casos fortuitos o fuerza mayor —salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial— (31) y por el otro, su procedencia de carácter de “excepcional” para el caso de actividad legítima (32), sujeta al cumplimiento de estrictos requisitos [a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; y d) ausencia de deber jurídico de soporiar el daño; y e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (33)] y limitada indemniza-

ción. Esto último, ciertamente en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reconocido la procedencia de una amplia indemnización en supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita (34).

Respecto de lo primero cabe recordar que, como venimos analizando, los daños y perjuicios a los contratistas del Estado no parecen derivarse mayormente de la pandemia en sí misma —aun cuando esta sería un supuesto de fuerza mayor, en tanto hecho imprevisible e inevitable (35)— sino y en todo caso de la Normativa COVID-19 que ha impactado en forma directa e indirecta en la contratación pública.

Por otra parte, cabe tener presente que autores como Rodríguez y Perrino entienden que el derecho del contratista a ser indemnizado tiene su fuente en la obligación contractual del Estado de mantener y restablecer la ecuación económica (36), por lo cual resulta relevante recordar que la ley 26.944 establece que la responsabilidad contractual establece que se rige por lo dispuesto en las normas específicas y solo en caso de ausencia de regulación, se aplicará aquella en forma supletoria (37).

Y conforme veremos más abajo, esto parece ser lo que ocurre aquí, en tanto el hecho del príncipe tendría previsión en el propio régimen general de la contratación pública.

## V. El régimen de contrataciones públicas y la teoría del hecho del príncipe

Establecido el concepto del hecho del príncipe, corresponde revisar si este se encuentra contenido en la regulación de la contratación pública.

En el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec.

(29) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, 2ª ed., t. XIII Contratos del Sector Público, ps. 184 y ss.

(30) BO 08/08/2014.

(31) Art. 2º, inc. a), de la ley 26.944.

(32) Art. 5º de la ley 26.944.

(33) Art. 4º de la ley 26.944. Asimismo, se establece en dicha ley que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante y que la indemnización en este caso comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas (art. 5º).

(34) CS, Fallos: 286:333; 306:1409; 328:2654 y 332:1367, entre otros.

(35) Art. 1730, Cód. Civ. y Com.

(36) Conf. PERRINO, Pablo E., “La regulación de la responsabilidad contractual del Estado”, con cita de Libardo RODRÍGUEZ, Ed. Infojus, p. 409, nota 113, disponible en [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar).

(37) Art. 10 de la ley 26.944.

1023/2001 (“RCAN”) (38), que “fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública...” (39), y que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencia, se ha establecido en el art. 13 que, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica de cada contratación pública —incluido pliegos y documentación contractual, el contratista tiene el “derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” (inc. a)], y que debe “cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato” (inc. c)].

Por su parte, el Reglamento del RCAN (“RR-CAN”), aprobado por dec. 1030/2016 (40), que aplica a contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, establece que las penalidades no se aplican ante incumplimientos de la obligación provenientes “... de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones” (art. 94).

En orden a que el hecho del príncipe determina la exención de responsabilidad del contratista, en la ejecución contractual, primero, y el derecho a la recomposición del contrato, lue-

go y como expresión de la responsabilidad estatal, podemos encontrar fundamento específico a todo ello, además de en las previsiones de los arts. 16 y 17, CN, en el art. 13, inc. c) RCAN y art. 94 RCAN —eximición— y art. 13, inc. a) RCAN, respectivamente.

En efecto, la excepción a cumplir las prestaciones ante actos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato [art. 13, inc. c) del RCAN], configura un supuesto de hecho del príncipe (41), inclusive debiendo interpretarse que el efecto requerido no es una imposibilidad absoluta, sino “razonable” (art. 94, RCAN) (42).

Por su parte, la ONC, en su carácter de órgano rector del sistema de contrataciones públicas (43), ha tenido oportunidad profundizar el punto, destacando que el art. 13, inc. c) del RCAN, contiene tres institutos distintos: (i) el

(41) HERRERA de VILLAVICENCIO, Blanca A., “Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión, en Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos”, Ed. Rap, p. 330.

(42) En el mismo sentido se ha establecido en jurisprudencia que la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus a los contratos administrativos podría ser aceptada, bien que en supuestos excepcionales, cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilitase a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto en este supuesto, el incumplimiento del contrato por parte del último debería considerarse como un derecho o prerrogativa de este, ante la falta grave y relevante del comitente [CNCont.Adm., sala III, 30/04/2015, “INTA c. Consultoría Informática SAS/proceso de conocimiento” y “Consultoría Informática SA c. EN Y A INTA (Licitación 13/98) s/ contrato administrativo”, con cita de CS, Fallos: 316:212, CNCont. Adm., sala I, 08/11/2001 “FE.ME.SA. c. General Motors Interamericana Corporation Sucursal Arg. s/ contrato administrativo”; Idem, sala II, “Ute Macoim SRL y otro c. M° de Defensa, del 19/11/1998; y MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III-A, ps. 376 ss.].

(43) Art. 23, inc. a) del RCAN. Esto faculta a la ONC a dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias. A partir de lo dispuesto por el dec. 1169/2018 (BO 26/12/2018) la ONC también es el Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de Obras Públicas y Concesiones de Obras Públicas que lleven a cabo las Jurisdicciones y Entidades de la Administración Nacional comprendida en el inc. a) del art. 8° de la ley 24.156.

(38) BO 16/08/2001.

(39) Dictamen ONC 448/13 del 18/12/2013.

(40) BO 26/07/2016.

caso fortuito de carácter natural; (ii) la fuerza mayor de carácter natural y (iii) el hecho del príncipe.

Y respecto de este último se aclara que se traduce "... en actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato"—donde encuadraría por ejemplo la medida gubernamental que restringe la importación de insumos informáticos—, y, en tanto la reglamentación del decreto 436/00 nada había previsto al respecto, de la interpretación armónica de aquel art. 13 inc. c) del RCAN con los principios generales, surgían los siguientes requisitos para admitir su configuración y procedencia: (i) debe tratarse de un acto o incumplimiento de una autoridad pública nacional o de la contraparte pública en el marco de una relación contractual; (ii) aquella circunstancia debe revestir tal gravedad que torne imposible la ejecución del contrato y debe documentarse por el interesado, salvo su notorio y público conocimiento para el común de la sociedad; (iii) conforme el principio de razonabilidad, la invocación del hecho del príncipe debe efectuarse en tiempo oportuno, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato (tal por ejemplo el plazo de entrega del bien). Asimismo, sostuvo el proveedor del Estado debe actuar con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios; con la diligencia, prudencia y buena fe de sus condiciones de colaborador de la Administración en la realización de un fin público, debiendo realizar todo lo que esté a su alcance para que "el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno", informando oportunamente toda cuestión que afecte los intereses de las partes (44).

La ONC entendió también aplicable el hecho del príncipe con fundamento en el art. 13 inc. c) del RCAN a diversos contratos donde repercutía el nuevo régimen de la "Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI)" introducido en el año 2012 (45). Es el caso del Dictamen ONC

402/2013 (46) —y siguientes (47)— donde se sostuvo que la imposibilidad de cumplir el contrato público con motivo de las restricciones a las importaciones (DJAI), en una primera aproximación configuraría el hecho del príncipe, "entendido como un acto emanado de autoridad pública de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo" (48).

En la misma línea —Dictamen ONC 451/2013— se consideró hecho del príncipe al aumento de la alícuota del Impuesto al Valor Agregado (IVA) para determinados productos, del 10,5% al 21%, dispuesto por dec. 100/2012 (49), reiterándose los criterios de diligencia exigidos al contratista, para su invocación (50).

También el impacto en los contratos públicos de la variación en el precio del bien acaecida como consecuencia del aumento del valor de cotización del dólar estadounidense fue tratado en diversos dictámenes de la ONC como hecho del príncipe, reiterándose la doctrina arriba indicada (51).

Así por ejemplo el impacto de la liberación del tipo de cambio —"levantamiento del cepo cambiario" mediante res. gral. AFIP 3819/2015— fue considerado un supuesto de hecho del príncipe, entendiéndose por este como todo acto o medida de carácter general, emanado de una autoridad pública en cuanto tal —y no como contraparte de la relación contractual—, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato ad-

(46) Del 04/11/2013.

(47) En igual sentido, entre otros, Dictámenes ONC 449/2013 del 18/12/2013, 450/2013 del 18/12/2013; 24/2016 del 28/03/2016; 46/2016 de fecha 22/04/2016; nro. IF-2016-05053596-APN-ONC#MM, del 23/12/2016.

(48) Con cita del Dictamen ONC 565/2010.

(49) BO 31/01/2012.

(50) Con cita de Dictámenes ONC 565/2010 y 402/2013.

(51) Dictamen ONC nro. IF-2016-00042428-APN-ONC#MM del 01/07/2016.

(44) Dictamen ONC 402/13.

(45) Con. res. gral. AFIP 3252/12, BO 10/01/2012.

ministrativo, teoría que fue concebida para atender las consecuencias disvaliosas de los actos o medidas de orden general adoptadas por los poderes públicos, cuando generen un alea administrativa “anormal” o “extraordinaria” que torne razonablemente imposible cumplir con el contrato, y que contempla el art. 13, inc. c) del RCAN (52).

Asimismo, se aclaró que allí se contempla la posibilidad de que el cocontratante se exima (total o parcialmente) de responsabilidad frente al incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando medien actos de autoridades públicas nacionales de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, a lo cual se sumaba la previsión del art. 120 del Reglamento aprobado por el dec. 893/2012, que morigeró lo anterior, en tanto estipula que no se aplicarán penalidades cuando el incumplimiento de la obligación provenga de actos de autoridades públicas nacionales que coloquen al cocontratante en una situación de “razonable imposibilidad” de cumplimiento de sus obligaciones. Se reiteraron entonces los requisitos para la procedencia del hecho del príncipe: (i) debe acreditarse la existencia de un acto o medida de carácter general, emanado de autoridad pública nacional, que haya afectado de modo indirecto o reflejo las condiciones del contrato administrativo, con una adecuada relación causal entre la medida estatal y la alteración de la ecuación económica financiera del contrato; (ii) la interferencia o incidencia en el contrato debe ser de tal gravedad que haya tornado razonablemente imposible su ejecución, debiéndose acreditar fundadamente por el interesado; (iii) la situación en que se funde el reclamo no puede considerarse incluida en el denominado “riesgo empresario”, acreditándose que el quebranto excede el alea económica propia de la actividad y que asume el contratista como hombre de negocios; iv) ante ausencia de previsión normativa con relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo la causal en

(52) Dictamen de fecha 21/11/2016, con cita de RENNELLA, María Paula, “Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor en Cuestiones de Contratos Administrativos”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, ps. 267-268.

cuestión, por aplicación del principio de razonabilidad debía invocarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato (53).

En el camino indicado, al hecho del príncipe como causal de excepción de cumplimiento, le sigue el derecho que genera a la recomposición contractual, debiéndose hacer cargo el Estado de los daños producidos a la ecuación contractual, como un supuesto también de su responsabilidad.

En este sentido la ONC ha encontrado receptada la teoría del hecho del príncipe en el art. 13 del RCAN, con una interpretación armónica, superadora de la restricción del supuesto a hechos naturales (que directamente no configurarían aquella) establecida en el inc. a) de dicho artículo.

En efecto, en el Dictamen 565/2010 (54) la ONC reconoció que al establecer el Estado nacional un cupo a las importaciones y a su vez aumentar las cargas que gravan dichas operaciones, se configuraría un supuesto del hecho del príncipe, por ser una medida carácter general que podría incidir o repercutir en el contrato, encareciendo los costos de la oferta que incluye productos importados, de modo que la adjudicación producida sin contemplar el impacto de esa situación manifestado por el oferente, podría dar derecho a este a la renegociación del contrato que así se celebre, en “aras de preservar su normal equilibrio económico-financiero” (55).

La ONC llega a esta conclusión entendiendo que existen tres causales de renegociación contractual: a) causas imputables directamente al Estado (casos de responsabilidad contractual); b) causas imputables indirectamente al Estado (responsabilidad extracontractual, llamado por

(53) Con cita del Dictamen 448/2013.

(54) Del 05/04/2010.

(55) EN el caso el oferente que se encontraba primero en el Dictamen de Evaluación impugnó dicho acto, pero no para retirar la oferta sino porque la nueva medida dictada con posterioridad a la presentación de aquella, le impedía cumplir con los valores y plazos comprometidos.

la doctrina “hecho del príncipe” y c) no imputables al Estado (teoría de la imprevisión) **(56)**.

En este caso la ONC encuadra la situación en la segunda causal, hecho del príncipe dando una interpretación armónica a la previsión del art. 13, inc. a), del RCAN —que establece el derecho del cocontratante a la recomposición del contrato, ante acontecimientos extraordinarios o imprevisibles “de origen natural” que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo— con la eximición de responsabilidad bajo la misma teoría que contiene el art. 13, inc. c), del RCAN, y sumando a ello la garantía de la equilibrio económico-financiero contractual, con fundamento en el art. 16, CN.

La solución resulta adecuada, pues la exigencia del “origen natural” del acontecimiento en cuestión impediría de plano encuadrar el caso en el hecho del príncipe que como se ha visto deviene de un acto general o de una norma del Estado que es parte —o en cuya jurisdicción se ha suscripto— del contrato afectado en vía refleja. Tal restricción al “origen natural” ciertamente no tendría andamio alguno frente a las previsiones de los arts. 16 y 17, CN, que como se dijo dan fundamento directo a tal teoría. En esa línea, el esfuerzo de armonizar la primera previsión del art. 13 RCAN —inc. a)— con la última —inc. c), que indubitablemente recepta esta teoría— entendemos que da un resultado justo y valioso a estas normas.

De esta manera se puede sostener en los términos del art. 10 de la ley 26.944 que el RCAN, norma específica, contempla la renegociación del contrato afectado por el hecho del príncipe como respuesta a la responsabilidad contractual generada. Y de no encontrarse solución

(56) Dictamen ONC 565/10, del 05/04/2010.

allí, se aplicará supletoriamente lo previsto en los arts. 4º y 5º de dicha ley 26.944 para la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima, conjuntamente con la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia.

## VI. Corolario

En función de lo expuesto entendemos que la Normativa COVID-19 configura un supuesto del hecho del príncipe, conforme lo ha caracterizado una sólida interpretación doctrinaria sobre esta teoría y que encuentra suficiente base en el ordenamiento jurídico vigente para así reconocerlo.

Es importante también que sobre las bases de la Buena Administración y la Buena Contratación Pública **(57)**, se establezca un procedimiento claro, previsible y expedito, con exigencias razonables para documentar los perjuicios —acorde lo acaecido—, para que de modo verdaderamente bilateral, opere la renegociación y recomposición de la ecuación económica financiera o equilibrio prestacional de los contratos públicos —tan protegidos por el derecho de propiedad como estos mismos **(58)**,— en aplicación del principio de prevención —y mitigación— del daño **(59)** y como expresión del principio de conservación del contrato **(60)**.

(57) Tratamos ambas y su relación en MURATORIO, Jorge I., “Sistema de impugnación de actos en el procedimiento licitatorio. Cambios necesarios”, en AA.VV., Fuentes y procedimiento administrativos. Cuestiones actuales y perspectivas, Ed. RAP, Buenos Aires, 2019, ps. 159 y ss.

(58) Art. 17, CN, y art. 965, Cód. Civ. y Com.

(59) Art. 1710, Cód. Civ. y Com.

(60) Art. 1066, Cód. Civ. y Com.

# La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19

Pablo E. Perrino

Juan Carlos Sanguinetti

**Sumario:** I. Objeto de este trabajo. Posibles escenarios de responsabilidad estatal.— II. Facultades de la Nación, de las provincias y de la CABA para la regulación de la responsabilidad del Estado.— III. Daños que no son causados por el accionar directo del Estado.— IV. Daños que son causados por el accionar directo del Estado. Medidas implementadas en ejercicio del poder de policía sanitario.

## I. Objeto de este trabajo. Posibles escenarios de responsabilidad estatal

La pandemia de COVID-19 y las medidas que el Estado ha implementado para hacer frente a la emergencia sanitaria han provocado significativos daños de diversa naturaleza que, eventualmente, podrían comprometer la responsabilidad patrimonial estatal. Entre otros, cabe mencionar los daños a la salud o a la vida de quienes han padecido la afección y que se contagiaron en el ejercicio de sus funciones como agentes estatales o al recibir atención médica en un centro de salud público, como así también los perjuicios ocasionados por las acciones del Estado implicadas en la gestión de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 y ampliada por el dec. del Poder Ejecutivo nacional 260/2020. La casuística es sumamente variada. En determinados supuestos el deber de responder estatal será muy claro (v.gr., daños sufridos por personal que desempeña funciones en el ámbito sanitario), mientras que en otros no tanto debido a las dificultades que pueden presentarse para la configuración de los requisitos que deben concurrir para que proceda la responsabilidad del Estado, ya sea por su actuación ilegítima como legítima.

En este trabajo efectuaremos un examen preliminar sobre posibles situaciones en las que, a la luz de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, podría considerarse que está comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado con motivo de la pandemia de COVID-19 (1). Se trata de una primera aproximación al estudio de una problemática por demás compleja y de aristas múltiples, generada por una crisis sanitaria de ribetes excepcionales.

Como en todos los temas que conciernen al derecho administrativo, es imprescindible buscar soluciones justas y equilibradas. Son tan perniciosos los criterios que acarrear la impunidad para el Estado que ha ejercido ilegítimamente los poderes que el ordenamiento jurídico le atribuye o que, aun cuando los use válidamente en beneficio de la comunidad, provoque daños a los particulares que conlleven un sacrificio desigual que no tengan la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, como también los que conducen a la so-

(1) Escapan al objeto de este trabajo el estudio del impacto del COVID-19 sobre los contratos públicos (con excepción del de empleo público) y la eventual responsabilidad del Estado en dicho ámbito.

breprotección de los particulares y convierten a la responsabilidad estatal en una suerte de paraguas contra todos los males que puede deparar la vida en sociedad.

A nuestro entender, los supuestos en los cuales podría, eventualmente, suscitarse la responsabilidad estatal con motivo de la pandemia de COVID-19 podrían agruparse en dos grandes categorías. La primera, caracterizada por la circunstancia de que el daño no proviene de un accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación accidental que ocurre en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas actividades desarrolladas por el Estado (v.gr. funciones de seguridad, prestaciones médicas en hospitales públicos, etc.). La otra categoría se conforma por los casos en los cuales la eventual responsabilidad estatal tiene su causa inmediata en las medidas adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que son gravosas para la libertad individual y económica.

Dentro del primer grupo cabe mencionar, entre otros, los siguientes supuestos:

1) Daños a la salud y a la vida del personal que desempeña funciones en el ámbito sanitario (médicos, enfermeros, personal de limpieza, etc.) que en ejercicio de sus tareas se contagia de COVID-19.

2) Daños a la salud y a la vida del personal que desempeña funciones en el ámbito de la seguridad (policía, gendarmería, etc.), que en ejercicio de sus funciones contrae el COVID-19.

3) Daños a la salud y a la vida de personas que, al ser tratadas de una dolencia en un hospital público o un centro de asistencia médica pública, es contagiada de COVID-19.

4) Daños a la salud y a la vida de internos alojados en establecimientos carcelarios que se contagien de COVID-19.

A su vez, dentro del segundo grupo cabe incluir los siguientes casos:

1) Responsabilidad estatal por el ejercicio ilegítimo del poder de policía sanitario.

2) Responsabilidad estatal por el ejercicio legítimo del poder de policía sanitario.

## II. Facultades de la Nación, de las provincias y de la CABA para la regulación de la responsabilidad del Estado

Puesto que en los supuestos que examinamos puede comprometerse la responsabilidad del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, es importante recordar que la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los Empleados y Funcionarios Públicos solo es de aplicación a los daños que se atribuyan a las autoridades federales, por lo que están excluidos de este régimen los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la ley 26.994 es una normativa de naturaleza federal (2). Concorde con ello, y como consecuencia del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional (arts. 1º, 121, 122 y 129 de la CN), en el art. 11 de las LRE se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual conlleva el reconocimiento de sus facultades para legislar en la materia (3).

Si bien la mayoría de las provincias y la Ciudad Autónoma aún no han hecho uso de esta potestad legislativa, por lo que su régimen de responsabilidad estatal continúa siendo de

(2) Causa "Bernardes, Jorge Alberto c. ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración", sent. del 03/03/2020. Así lo han sostenido con anterioridad al fallo mencionado: PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. II, ps. 536 y ss.; ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las provincias", Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 55 y "Ley de Responsabilidad del Estado en la Corte", LA LEY del 04/06/2020; PERRINO, Pablo E. - PADULO Adriana M., "La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos, ¿es una ley local o federal?", EDA, t. 2015, p. 755 y PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 38 y ss.

(3) ROSATTI, Horacio, "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina", en AA.VV., Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 13 y ss.

base jurisprudencial (4), siete provincias han dictado leyes de responsabilidad estatal. Así lo han hecho Chubut, Santiago del Estero, Santa Cruz, Mendoza, Catamarca, Entre Ríos y Río Negro (5).

En consecuencia, el régimen jurídico de aplicación dependerá del sujeto estatal al cual se pretenda hacer responsable.

Recuérdese también que, para la solución de los supuestos que examinaremos, las normas del Código Civil y Comercial que regulan la responsabilidad civil de las personas privadas no son de aplicación directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (art. 1764, del Cód. Civ. y Com.), pues “la responsabilidad del Estado” (arts. 1765) y la “de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas” (arts. 1766) se rigen “por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (arts. 1765 y 1766). Ello no implica, sin embargo, que no se pueda acudir a la normativa civil para cubrir las lagunas existentes en la materia, a fin de aplicar sus principios generales u otras soluciones allí consagradas, a través de la técnica de la analogía (6).

### III. Daños que no son causados por el accionar directo del Estado

Examinaremos en este acápite aquellos supuestos que tienen como punto en común que el daño no tiene su origen en el accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación accidental que puede tener lugar en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas actividades desarrolladas por el Estado.

(4) PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., p. 257 y FIOL, Gerardo, “La responsabilidad del Estado en CABA y en las provincias que no han legislado la materia en sus respectivos ámbitos”, RDA 2020-127, 205.

(5) Ley 3396 Santa Cruz; ley 560 Chubut; ley 7179 Santiago del Estero; ley 5536 Catamarca; ley 10.636 Entre Ríos, ley 8968 Mendoza y ley 5339 Río Negro.

(6) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LA LEY 2014-C, 885.

#### III.1. Daños a la salud y a la vida de personal del Estado que desempeña funciones en el ámbito sanitario producto del COVID-19, que se contagia en ejercicio de sus tareas

El primer caso que cabe examinar es el de aquellas personas que han incrementado su exposición a la enfermedad como consecuencia del desempeño de sus funciones públicas. Tal es lo que ocurre con los daños que pueden padecer las personas que trabajan en hospitales públicos o en cualquier otra dependencia estatal (nacional, provincial o municipal) que brinde servicios vinculados al sistema sanitario (médicos, enfermeros, personal de limpieza, agentes públicos que desarrollan tareas de tests de la enfermedad o de desinfección, etc.) y que en el ejercicio de sus tareas se contagien de COVID-19 (7).

Tales casos están sujetos al régimen jurídico previsto en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y sus modificaciones, la cual es de aplicación a los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2º, punto 1, inc. a).

Cabe recordar que en el capítulo V de dicha normativa se contemplan diversas prestaciones dinerarias que tienen derecho a percibir el trabajador o sus derechohabientes de acuerdo con el daño padecido (incapacidad laboral temporaria o permanente —parcial o total— y muerte)

(7) Cabe destacar que mediante la ley 27.549 se establecieron beneficios especiales tributarios para el personal operativo de los sistemas de salud pública y privada; el personal de las Fuerzas Armadas; las Fuerzas de Seguridad; de la actividad migratoria; de la actividad aduanera; bomberos, recolectores de residuos domiciliarios y recolectores de residuos patogénicos, que presten servicios relacionados con la emergencia. También se dispuso una pensión graciable y vitalicia para sus familiares en los casos en que habiendo prestado servicios durante la emergencia sanitaria establecida por el dec. 260/2020 y las normas que lo extiendan, modifiquen o reemplacen, sus decesos se hayan producido en el período comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de septiembre de 2020 como consecuencia de haber contraído COVID-19. El monto mensual de la pensión será igual al doble del haber mínimo jubilatorio y se le aplicarán los aumentos de movilidad correspondientes a los otorgados a las jubilaciones ordinarias.

por los infortunios laborales producto de accidente de trabajo o enfermedades profesionales.

Por el dec. del Poder Ejecutivo nacional 367/2020 **(8)** se dispuso que la enfermedad COVID-19 se considera presuntamente como una enfermedad de carácter profesional “no listada” en los términos del apart. 2º inc. b) del art. 6º de la ley 24.557, respecto de los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal, y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el art. 4º del decreto bajo análisis (art. 1º).

Concorde con ello se estableció que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) no podrán rechazar la cobertura de las contingencias antes mencionada, por lo que “deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por entidad debidamente autorizada, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias”.

A su vez, por el art. 4º del decreto se establece que, para los trabajadores de la salud, se considera que la enfermedad COVID-19 guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción, al igual que la prevista en el art. 1º, rigen para este sector de trabajadores hasta los 60 días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el dec. 260/2020, y sus prórrogas (art. 4º, del dec. 367/2020).

Como puede apreciarse, el DNU 367/2020 establece un régimen específico y diferencial de infortunios del trabajo para los trabajadores en relación de dependencia que prestan ta-

reas en las actividades declaradas esenciales y que padecen de la enfermedad COVID-19, que presenta “las siguientes características centrales: es transitorio; considera al COVID-19 como enfermedad no listada, por lo que no la incluye en el listado de enfermedades profesionales; se aparta del sistema de enfermedades no listadas a través de un mecanismo presuncional atípico y de un procedimiento específico y diferente al previsto por la LRT para esos casos e introduce un sistema de inversión de la carga de la prueba” **(9)**.

No está demás precisar que los casos de responsabilidad estatal que examinamos en este acápite no están sujetos al régimen jurídico de la LRE, la cual, en el último párrafo del art. 10, excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en los cuales el Estado actúa como sujeto empleador **(10)**.

*III.2. Daños a la salud y a la vida del personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que en ejercicio de sus funciones se contagia de COVID-19*

El segundo grupo de casos que examinamos concierne a los daños en la salud y la vida del personal integrante de las Fuerzas Armadas y de Seguridad con motivo del contagio de COVID-19 en el marco del desempeño de sus funciones.

El examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone de relieve la complejidad del encuadramiento jurídico de los

(9) FOGLIA, Ricardo A., “El decreto de necesidad y urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales”, LA LEY del 12/05/2020.

(10) Más allá de la amplitud del texto de la norma de cita, que podría conducir a excluir del alcance de la LRE a todo tipo de daños sufridos por los trabajadores del Estado —sin importar si su vínculo es permanente o accidental o su tarea es remunerada o gratuita— entre ellos a los perjuicios que puedan resultar de un acto administrativo ilegítimo por el cual se haya dispuesto el cese de la relación de empleo público o la suspensión del funcionario o agente público, lo que se margina del régimen de la LRE son los perjuicios acaecidos en el marco de un infortunio laboral, los cuales están regidos por la ley 24.557 y sus modificaciones (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 249 y ss.).

(8) BO 14/04/2020.

daños que padecen los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Prueba de ello son los distintos criterios que ha sostenido a lo largo del tiempo el alto tribunal (11). La postura que, a través de su integración mayoritaria, actualmente sostiene es la sentada a partir de los fallos dictados en las causas “Azzetti” (12) (personal militar), “Aragón” (13) (Gendarmería) y “Leston” (14) (Policía Federal), en los cuales resol-

(11) Un racconto de lo acontecido hasta el año 1995 puede verse en la sentencia recaída en la causa “Mengual” (CS, Fallos: 318:1959). También ver las sentencias dictadas el 18/12/2007 en las causas “Aragón” (CS, Fallos: 330:5205) y “Leston, Juan Carlos c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios” (LA LEY Cita Online: 4/66288); ver: TORRES, Ismael F. - FURIA de TORRES, Lilian A. G., “Responsabilidad del Estado por la muerte accidental de un policía en servicio”, SJA 25/09/2019, 44 y LOREDO, María Sol, “Los accidentes de trabajo sufridos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y la responsabilidad del Estado”, Microjuris, MJ-DOC-14923-AR, 07/06/2019.

(12) CS, Fallos: 321:3363.

(13) CS, Fallos: 330:5205, en igual sentido ver: CS, Fallos: 338:407. En disidencia, los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni sostuvieron, en el caso “Aragón”, que las situaciones fácticas analizadas no podían ser equiparadas a las del caso “Azzetti”, pues este último fue oportunamente razonado dentro del particular marco en el cual acaeció el daño, esto es, una acción bélica propiamente dicha con motivo del conflicto bélico en el Atlántico Sur, con las particularidades que ello implica —las cuales incluso fueron mencionadas en dicho pronunciamiento—, y por tanto, no podría extenderse sin más la solución allí adoptada.

(14) Causa “Leston, Juan Carlos c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, LA LEY Cita Online: 4/66288, reiterado en CS, Fallos: 331:2002; 340:1296, 341:1130. Después de la modificación de la integración de la Corte Suprema de Justicia con la incorporación de los jueces Rosenkrantz y Rosatti se mantuvo el criterio que postula la imposibilidad de demandar una indemnización bajo las reglas generales de la responsabilidad estatal en los casos de daños provocados por los perjuicios que pueda sufrir el personal policial en cumplimiento de la función estatal de seguridad. Así se desprende de los votos concurrentes emitidos por el juez Rosenkrantz en los pronunciamientos registrados en CS, Fallos: 340:1296 y 341:1130, en los cuales la mayoría del alto tribunal se remitió al criterio sentado en la citada causa “Leston”. En sus votos, el juez Rosenkrantz expresó que “quien decide incorporarse a la Policía Federal asume en forma voluntaria los riesgos que caracterizan a dichas actividades y que, dado que existe un régimen legal específico que concede ciertos derechos pecuniarios para el caso en que los daños sufri-

vió que a los efectos de evaluar la procedencia de reclamos indemnizatorios por parte de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad fundados en normas de derecho común es preciso distinguir entre las lesiones que resultan de acciones típicamente accidentales y las que provienen del cumplimiento de misiones específicas. Respecto de estas últimas afirma que no son indemnizables en los términos de las reglas generales que rigen la responsabilidad del Estado, pues están estrechamente relacionados con las funciones típicas de las Fuerzas de Seguridad (15). En tales casos, se entiende que la

dos estén dentro de los riesgos asumidos, dicha persona acepta también que esos daños sean compensados por el Estado a través de los beneficios especiales previstos en la ley que regula el estado policial”. Más adelante precisó que “en los casos en que los daños que sufre el personal policial sean fruto de un mero accidente o consecuencia de un adiestramiento ordenado por la superioridad o en general por causas que no son consecuencia de los riesgos característicos de la actividad policial, la respuesta jurisdiccional debe ser distinta. En esos supuestos, la infracción al deber de seguridad genérico del Estado en su carácter de empleador, como lo expuso esta Corte en los precedentes “Luján” y “Gunther” (CS, Fallos: 308:1109 y 1118, respectivamente), debe dar lugar a la indemnización”. También señaló que “los derechos que la ley concede al personal policial o sus familiares en el caso de muerte o lesión total y permanente generada por el riesgo propio y exclusivo de la función policial tienen carácter resarcitorio pues su finalidad es reparar el daño sufrido”, a lo cual agregó que en la causa “Estado Nacional (PEN Mº del Interior Polo Fed. Arg.) c. Rudaz, Martín Alejo y otra” la Corte sostuvo que era “clara la índole resarcitoria del subsidio de la ley 16.973, motivo por el cual era incompatible con una condena civil por daño material y moral anterior, ya que, de lo contrario se acumularían dos beneficios que responden a la misma finalidad resarcitoria del daño producido, consagrando así un indebido enriquecimiento en cabeza de los eventuales beneficiarios”.

(15) Este mismo criterio se había expuesto en las causas “Mengual” (CS, Fallos: 318:1959), en el voto de los jueces Nazareno, Petracchi y Bossert) y “Román” (CS, Fallos: 312:989), a través del voto del juez Petracchi. Cabe recordar que, in re “Mengual” la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo “que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las Fuerzas Armadas o de Seguridad —ya sea que su incorporación haya sido voluntaria o consecuencia de las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio— cuando las normas específicas que rigen a las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional” (CS, Fallos: 318:1959). Este criterio fue extendido por la Corte a los miembros de la Policía Federal

víctima o sus causahabientes tienen derecho a percibir los beneficios estatutarios que para cada fuerza se prevé (v.gr. haberes de retiro y subsidios extraordinarios) **(16)**.

El alcance de dicho criterio fue precisado por el alto tribunal en la causa “García” **(17)**, en la

Argentina en el caso “Lupia” (causa “Lupia, Mario Alberto c. Estado Nacional —Ministerio del Interior— Policía Federal Argentina s/ accidente de trabajo art. 1113 C.C.”, sent. del 15/10/1996).

(16) Así, por la ley 16.973 se prevé un subsidio extraordinario para los deudos del personal de la Policía Federal que en actividad que falleciera como consecuencia del cumplimiento de sus deberes equivalente a 30 veces el haber mensual que por todo concepto percibe el Comisario General de la Policía Federal en actividad con la máxima antigüedad de servicio. Además, mediante el art. 1º de la ley 16.443 se reconoce al personal de las Fuerzas de seguridad de la Nación que se incapacite en acto de servicio, el grado inmediato superior para el caso que deba acogerse o se haya acogido al retiro. Igual solución se dispone en caso de muerte en actos de servicio. Una solución análoga se prevé para las Fuerzas Armadas en la ley 19.101 (arts. 38 a 43 y 75 a 80) y para la Policía Federal en la ley 21.965 (art. 98) y su reglamentación. A su vez, la Prefectura Naval Argentina tiene sus reglas propias en la ley 18.398 (art. 74) y art. 5º, a), punto 1., ley 12.992 (modificada por la ley 23.028) y por los arts. 95 y 96 de la ley 19.349 se disponen los beneficios para el caso de inutilización producida en actos de servicio de los integrantes de la Gendarmería Nacional.

(17) CS, Fallos: 334:1795. En el caso un suboficial del Ejército Argentino demandó al Estado Nacional el pago de una indemnización con base en las normas del derecho común con fundamento en que, a raíz del esfuerzo que tuvo que hacer para desplazar unos tambores de aceite sufrió una hernia discal a nivel lumbar que provocó su pase a retiro, incapacidad que lo hizo inapto para el servicio. Sin embargo, en la causa “Tittaferante” la Corte rechazó la pretensión resarcitoria de una agente de la Policía Federal que había sufrido daños cuando, al perseguir delincuentes, introdujo fortuitamente su pie en un pozo de una obra pública y acto seguido pisó una tabla suelta que cubría precariamente la reparación de la vereda. A juicio del alto tribunal se trataba de “hechos que autorizan su encuadramiento como “enfrentamiento” por lo que consideró de aplicación la doctrina del precedente “Leston”. Es interesante destacar que en el dictamen de la Procuración General de la Nación se consideró que, con arreglo a lo resuelto en la citada causa “García”, el reclamo indemnizatorio formulado por la actora era procedente en razón de que su incapacidad no provenía de acciones bélicas ni de un enfrentamiento armado, sino que fue adquirida durante la prestación de servicios en la Policía Federal Argentina (causa “Tittaferante, Mirta Noemí c. Estado Nacional - Ministerio del

cual afirmó que solo los actos de servicio que sean “acciones bélicas” (Fuerzas Armadas) o “enfrentamientos armados” (Fuerzas de Seguridad), están excluidos del ámbito indemnizatorio.

En consecuencia, de los fallos mencionados resulta que no todos los daños sufridos por el personal de las fuerzas en actos de servicio impiden que se demande una indemnización bajo las normas que regulan la responsabilidad estatal, sino solo cuando son fruto de enfrentamientos armados (acciones de combate en tiempo de guerra para el personal de las Fuerzas Armadas o de un enfrentamiento armado con delincuentes tratándose del personal de Fuerzas de Seguridad) **(18)**.

Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, sent. del 30/12/2014).

(18) Con sustento en la doctrina mayoritaria de la Corte expuesta, se ha resuelto que, el Estado Nacional es responsable, con fundamento en el derecho común, por el fallecimiento de un gendarme a raíz de un accidente de tránsito mientras prestaba servicios, toda vez que la defunción del agente no provino de una acción bélica, ni de un enfrentamiento armado propio de la misión específica de un integrante de las Fuerzas Armadas, sino de un acto típicamente accidental (CNFed. Civ. y Com., sala I, causa “P., M. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Gendarmería Nacional s/ accidente de trabajo/enferm. prof. acción civil”, sent. del 21/05/2019). Del mismo modo se ha decidido que el Estado nacional —Policía Federal Argentina— debe responder, con base en el derecho común, por el fallecimiento de un agente que recibió un disparo accidental proveniente del arma de un compañero, en razón de que el hecho no sucedió en un contexto de un enfrentamiento armado en cumplimiento de misiones específicas; máxime si quien demanda el pago de la indemnización es la esposa del agente, quien no ingresó a las Fuerzas de Seguridad por su propia decisión, ni se sometió de modo voluntario a los reglamentos específicos que rigen las relaciones entre aquellas y sus efectivos (CNCiv. y Com., sala II, causa “D. B., M. c. A., O. W. y otro s/ accidente en el ámbito militar y fzas. de seg.”, sent. del 29/03/2019, LA LEY Cita Online: AR/JUR/14737/2019). En igual sentido, se ha sostenido que el Estado Nacional debe resarcir los daños sufridos por un integrante del escalafón bomberos de la Policía Federal Argentina que resultó lesionado al cumplir un acto de servicio, pues el régimen que rige la institución solo prevé un haber de retiro de naturaleza previsional, y los perjuicios por los que se reclama no tuvieron su origen en un enfrentamiento armado (CNFed. Civ. y Com., sala II, “Ferrari, Miguel Ángel c. Estado Nacional Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Policía Federal Arg. s/ accidente en el ámbito

Pues bien, con arreglo al criterio jurisprudencial comentado, en los casos de lesión o muerte del personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad producto del contagio de COVID-19 en el marco del desempeño de sus funciones específicas, en tanto no se trata de daños derivados de “enfrentamientos armados”, no pareciera haber obstáculo para reclamar el pago de una indemnización, ya sea bajo las normas de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, y sus modificaciones (art. 2º, punto 1, inc. a), si se acepta su aplicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de

Seguridad (19), o a las que se sujeta la responsabilidad estatal (20).

(19) Son numerosos los fallos de las salas de la Cámara Nacional del Trabajo que consideran aplicable la Ley de Riesgos del Trabajo a las Fuerzas Armadas y de Seguridad (ver: sala VIII, “Ferri, Evangelina Elda c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos de la Nación Policía Fed. Argentina”, 15/11/2012, LA LEY Cita Online: AR/JUR/68027/2012; sala X, “Biconi, César c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos Policía Federal s/ accidente ley especial”, 20/11/2013, LA LEY Cita Online: AR/JUR/98054/2013; sala I, “Cacciabue, Mario A. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y otros/ accidente acción civil”, sent. del 24/11/2017, LA LEY Cita Online: AR/JUR/92147/2017 y causa 17842/2012/CA1, “Fernández Alberto José c. Estado Nacional Ministerio De Seguridad - Policía Federal Argentina s/ accidente ley especial”, sent. del 02/05/2019). En este sentido se ha escrito: “Parece claro, a esta altura, que en función de las previsiones de la norma no existiría entonces impedimento alguno a fin de que los agentes que sufran un hecho de los considerados en el art. 6º de la ley 24.557 puedan acceder a la reparación tarifada prevista en dicha norma, previa acreditación de los extremos necesarios para su procedencia (...)”. “La norma en estudio incluye a dichos sujetos en el régimen general sin efectuar distinción alguna, a la par que tampoco se establece excepción alguna respecto de las contingencias cubiertas por el sistema, lo cual implica, a mi juicio, que no existan fundamentos jurídicos sólidos sobre los cuales se pueda desconocer válidamente el derecho, normativamente consagrado, a percibir la prestación tarifada correspondiente, aun cuando la incapacidad laborativa del sujeto se genere como consecuencia de “misiones específicas” que consistan en enfrentamientos armados y/o acciones bélicas, toda vez que dicha circunstancia debe ser interpretada de modo restrictivo” (LOREDO, “Los accidentes de trabajo sufridos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y la responsabilidad del Estado”, ob. cit.).

militar y Fuerzas de Seguridad”, sent. del 31/07/2012, LA LEY Cita Online: AR/JUR/42700/2012). Asimismo, se ha condenado al Estado Nacional a indemnizar a un agente de la Prefectura Naval por los daños sufridos al haberse incapacitado como custodio de un detenido y por la lesión sufrida en la columna vertebral en ocasión de un accidente y que le generó neurosis de ansiedad, hipertensión y lumbalgia, en tanto no fue consecuencia de un enfrentamiento o acción bélica (CNFed. Civ. y Com., sala II, “Fernández, Jorge O. c. Estado Nacional Ministerio del Interior Prefectura Naval”, sent. del 09/10/2012, LA LEY Cita Online: AP/JUR/4211/2012).

(20) La CFed. de Comodoro Rivadavia ha condenado al Estado Nacional a indemnizar los daños sufridos por el contagio del virus del HIV por parte de un militar que fue enviado, como miembro de una misión humanitaria, a un país donde se desarrollaba un conflicto bélico (Croacia), en el entendimiento que el demandado no acreditó la posible existencia de hechos ajenos a los actos de servicios desarrollados, con eficacia causal para producir el contagio de la citada enfermedad en el lapso que corre entre el momento en que el actor se hizo el primer test con resultado negativo y el tiempo en que se manifestó la patología (causa “R., O. V. c. Ejército Argentino”, sent. del 04/06/2010, LA LEY Cita Online: AR/JUR/25514/2010).

### III.3. Daños a la salud y a la vida de pacientes que se contagian en hospitales públicos

En este grupo de casos se incluyen diversos supuestos que tienen como punto en común el de tratarse de daños a la salud o a la vida provocados a personas que reciben atención médica en un centro de salud estatal. Ejemplo de estos son los supuestos de personas que al ser tratadas de una dolencia se contagian de COVID-19 en el establecimiento asistencial público, por no haberse adoptado las debidas medidas de prevención y control, y pacientes que no son correctamente atendidos por infracción de la *lex artis* (error de diagnóstico de COVID-19 (21), tratamiento inadecuado, etc.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (22) ha encuadrado los supuestos en los que se demanda el resarcimiento de daños sufridos con motivo de la atención médica dada en un establecimiento asistencial estatal en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio (23). Así ha resuelto el alto tribunal que, en tales casos, la falta de servicio se configura por el “funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público hospitalario llevado a cabo por un órgano integrante de la administración (...) por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las nor-

(21) Siempre que existan indicios razonables que aconsejaban la realización de las pruebas de detección y, en cambio, no se practicaron al considerar que no se trataba de un paciente de riesgo.

(22) CS, Fallos: 317:1921, 322:1393 y 329:2737. La Corte ha señalado que en la actividad de los centros de salud pública ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la CN confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (CS, Fallos: 306:178, consid. 3º; 317:1921, consid. 19). El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la CN) (CS, Fallos: 317:1921, 322:1393 y 329:2737).

(23) Art. 3º, inc. d, de la LRE.

mas jurídicas que lo establecen y reglamentan; materia que se encuentra incluida en un régimen de derecho público que tiene por propósito asegurar la adecuada prestación del servicio de salud pública, en función del fin para el que ha sido establecido”.

La Corte también ha expresado que “el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos ‘González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios’, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior)” (24).

Pues bien, con base en lo dicho, quien pretenda demandar al Estado en supuestos como los que se examinan en este acápite deberá acreditar la concurrencia de los recaudos previstos en la legislación y la jurisprudencia para que proceda la responsabilidad estatal por falta de servicio, cuya regulación en el orden nacional está contenida en el art. 3º de la LRE.

En dicha norma, el legislador, siguiendo la sistematización efectuada por la Corte Suprema (25) y la doctrina (26), establece los siguientes

(24) CS, Fallos: 317:1921.

(25) CS, Fallos: 315:2865; 320:266; 321:1776; 321:2144; 328:2546, entre otros.

(26) Cassagne, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 467.

tes requisitos (27): a) existencia de daño un cierto, actual o futuro (28), debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, lo cual significa que el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que estén integrados a la estructura del Estado y que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones (29); c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; y d) la configuración del factor de atribución falta de servicio, la cual se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración pública (30) o,

(27) Ver PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 74 y ss.

(28) La pérdida de la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no conjetural (CS, Fallos: 318:1715 y 2002; 321:1124 y 322:1393). El resarcimiento de este rubro exige acreditar la frustración de obtener un beneficio económico que cuente con probabilidad suficiente de convertirse en cierto (CS, Fallos: 323: 2930; 329:3403 y 330:2748; conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos de la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, ps. 168 y ss.). Así lo establece expresamente el Código Civil y Comercial al regular los presupuestos del daño resarcible en el art. 1739, segundo párrafo: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

(29) Conf. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y obra selectas”, Ed. FDA, Buenos Aires 2013, 11ª ed., t. I, cap. XII, ps. 3 y ss. y Santa María Pastor, Juan Alfonso, “Principios de Derecho Administrativo”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, 2ª ed., t. I, p. 357. Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración (Alessi, Renato, “Instituciones de Derecho Administrativo”, traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 90; conf. Gordillo — Santa María Pastor, ob. cit.).

(30) Ver: Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LA LEY 2009-F, 1026; Galli Basualdo, Martín, “La falta de servicio y la falta personal”, EDA, 2008-653; MARTINI, Juan Pablo, “Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado (la experiencia francesa)”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, XII, ps. 35 y ss. y Perrino, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público,

como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por una “violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular” (31) que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traducen en la emisión de actos de alcance individual o general; en operaciones materiales de los agentes estatales; como así también ante la omisión o inactividad administrativa, ya sea esta de índole material o formal (32).

La LRE dedica una especial consideración a la falta de servicio por omisión o inactividad estatal a través del siguiente texto: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (33). Estimamos poco feliz la redacción empleada por el legislador, ya que una interpretación gramatical del artículo podría dar lugar a que se acote irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, produciendo un lamentable retroceso en la materia con relación a los avances de

Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 59 y ss.

(31) CS, Fallos: 321:1124; 330:653, 332:2328; 333:1404 y 1623; 334: 376, 1036 y 1821 entre otros. Concorde con ello en más de una ocasión el alto tribunal ha expresado que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular” (CS, Fallos: 306:2030; 307:1942; 313:1465; 315:2865; 316:2136; 318:1800; 320:266 y 1999, 325:1277; 328:4175; 329:1881, 3065; 330:563, 2748 y 331:1690; 334:1036; entre otros).

(32) Este concepto ha sido ampliado por la regulación efectuada en la LRE. En efecto, la ley utiliza un concepto muy amplio de la falta de servicio a la que considera como una “actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Esta noción de la falta comprende el comportamiento irregular de todo órgano estatal, no solo de la Administración pública. De tal modo, cubre los supuestos de responsabilidad por daños provocados por leyes inconstitucionales, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia. Todos los supuestos que trasuntan un comportamiento estatal irregular, contrario a derecho, no han sido objeto de una regulación específica, por lo que quedan subsumidos en la laxa noción legislativa de falta de servicio (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 90 y ss.).

(33) Art. 3º, inc. d, LRE.

la jurisprudencia (34). Ello es así porque la disposición condiciona la obligación de responder a las siguientes tres exigencias: a) que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; b) que aquel sea expreso; c) y que sea determinado (35).

(34) La terminología empleada en el art. 3º inc. d) de la LRE coincide con la usada por la Corte Suprema en el caso “Mosca” (CS, Fallos: 330:563). De ahí que una interpretación apegada a la letra de la ley dejaría sin cobertura a los supuestos en los cuales la omisión deriva del incumplimiento de un deber normativo general e indeterminado, lo cual ha sido admitido, si bien con cautela, por el máximo tribunal de la Nación. En este sentido, explica Canda que, con anterioridad al fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Zacarías” (CS, Fallos: 321:1124), si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente. A partir de dicha causa el alto tribunal sostiene que no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber había sido cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que unía a la víctima con el servicio y d) el grado de previsibilidad del daño. Similar criterio fue seguido por la Corte en el pronunciamiento emitido en el referido caso “Mosca”, en el cual se profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, al establecer que este “debe ser motivo de un juicio estricto” que se debe basar en a) “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y b) “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (Canda, Fabián O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CS)”, 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. 139 y ss.).

(35) La redacción de la norma no es adecuada por las siguientes razones. En primer lugar, porque los deberes de actuación de una autoridad estatal, cuya omisión puede comprometer su responsabilidad, pueden tener su fuente, no solo en normas positivas, sino también, en los principios generales del derecho; la jurisprudencia da cuenta de un catálogo frondoso de condenas en este sentido. En segundo lugar, los deberes de actuación de una autoridad estatal pueden derivar de la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos, en virtud de la cual se entiende que su ámbito de actuación no es solo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquellas atribuyen a la Administración o que derivan de su objeto institucional. Y, por último, porque la inacción estatal generadora de responsabilidad puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquellos que están impuestos de manera general e indeterminada, como

Probablemente las mayores dificultades para tornar viable la responsabilidad estatal en los supuestos que examinamos en este apartado provenga de la configuración de los últimos dos requisitos mencionados. En efecto, clave y determinante para tornar viable la responsabilidad estatal, aunque en algunos casos de muy difícil comprobación para el demandante, será la demostración del recaudo atinente al nexo casual, esto es que la contracción de COVID-19 tuvo lugar al ser atendido en un centro asistencial público.

Además, seguramente frente a los reclamos indemnizatorios el Estado invocará que la pandemia de COVID-19 configura un supuesto típico de fuerza mayor que lo exime de responder, alegando al respecto que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se habrían podido evitar los daños sufridos.

Cabe recordar que en el art. 2º, inc. a) de la LRE se dispone que no procederá la responsabilidad estatal cuando se configure algunos de las tradicionales eximentes de la responsabilidad derivados de la interrupción del nexo de causalidad (36), entre ellos el caso fortuito o fuerza mayor (37), entendiendo por tal a aque-

puede ocurrir en ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados 8 servicio (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 94 y ss.).

(36) Según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la configuración de dichas eximentes debe ser apreciada con criterio restrictivo. (CS, Fallos: 333:203, “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros”).

(37) A pesar de que conceptualmente el caso fortuito es un hecho natural y la fuerza mayor es un hecho del hombre, del gobernante o del Estado el legislador los equipara en cuanto a sus efectos. Al igual que el Cód. Civ. y Com. (art. 1730), en el inc. a del art. 2º de la ley 26.944 se emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. Cabe recordar que las otras dos eximentes que se mencionan en el art. 2º de la LRE, y que interfieren el nexo causal, son la conducta de la propia víctima y de la actuación de un tercero por quien el Estado no debe responder (art. 2º, inc. b, LRE). No obstante que en el art. 2º de la ley solo se mencionan como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder, es evidente que por las características de la responsabilidad por falta de

llos acontecimientos de la naturaleza o humanos que no han podido ser previstos o que, habiendo sido previstos, no han podido ser evitados (38). De tal modo, para que se configure un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor es preciso que el hecho sea: a) imprevisible; b) inevitable; y c) ajeno al deudor.

El acontecimiento es imprevisible cuando supera la actitud predictiva media o la previsión de un hombre diligente (39). Se trata de la impre-

servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también operará como una causal para excluir su responsabilidad. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obró con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar (CS, Fallos: 330:653).

(38) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que “el caso fortuito es el acontecimiento sobreviniente, no imputable al deudor, imprevisible o previsible pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación a su cargo” (causa B-63779, “Usina Popular y Municipal de Tandil Sociedad de Economía Mixta c. Provincia de Buenos Aires (OCEBA) s/ demanda contencioso-administrativa”, sent. del 30/05/2012, publicado en base de datos JUBA, <http://www.scba.gov.ar>). Según el art. 514 del Cód. Civil derogado: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. De modo análogo, en el art. 1730 del nuevo Cód. Civ. y Com. se establece: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

(39) Por tal motivo, explica Trigo Represas que cuando se trata de fenómenos de la naturaleza existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de que debe tratarse de sucesos fuera de lo normal o extraordinarios; ya que si solo fuesen acontecimientos encuadrables en el curso natural de las estaciones, no resultaría admisible la excusa fundada en los mismos ad invocación del caso fortuito (TRIGO REPRESAS, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, LA LEY 1989-D, 457). La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que la ocurrencia de intensas precipitaciones no configura un caso fortuito que de acuerdo con el art. 514 del Cód. Civil exima a la provincia demandada de la obligación de responder ante los daños sufridos por el actor en un inmueble de su propiedad en tanto realizó obras públicas sin estudios previos y tampoco efectuó obras de regulación, lo cual indicaría una falta de previsión para medir los riesgos de fenómenos naturales y su gravitación sobre un área modificada por obras artificiales de la envergadura del canal que construyó. En

visibilidad razonable, la cual debe ser apreciada de acuerdo con la naturaleza de la obligación, las circunstancias de persona, tiempo y lugar (40). Es inevitable o irresistible (41) cuando, a pesar de obrarse con la diligencia debida o a través de esfuerzos normales y razonables, no es posible impedir el acaecimiento del hecho (42). No cualquier dificultad permite dar por satisfecho este recaudo, sino solo aquellas que constituyan un obstáculo insalvable (43) o, dicho de otro modo, cuando la imposibilidad sea absoluta (44). A su vez, se considera que un hecho

el caso, un propietario de un lote de terreno con vivienda ubicado en Epecuén, Provincia de Buenos Aires, había reclamado una indemnización por los daños que sufrió a causa de la inundación que arrasó a la ciudad y cuya ocurrencia le imputó debido al desvío artificial del curso natural de las aguas pertenecientes a otras cuencas, que pasaron a aportar al sistema de las lagunas encadenadas. La Corte rechazó la defensa de la demandada consistente en que se había producido un fenómeno pluviométrico inusual que provocó los acontecimientos (CS, Fallos: 316:1601).

(40) MAYO, Jorge A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, 5ª reimp., p. 663 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2ª, p. 179.

(41) Destaca López Mesa que la inevitabilidad es el factor decisivo para la configuración del caso fortuito “puesto que un hecho, pese a ser previsible, si es inevitable exonera de responsabilidad” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, LA LEY del 01/06/2015).

(42) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4 Presupuestos y funciones del Derecho de daños, p. 303.

(43) “La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es necesario que se configure una verdadera imposibilidad” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, LA LEY del 01/06/2015).

(44) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, 1ª reimp., t. I, p. 847; MAYO, Jorge A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit., p. 664 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, ob. cit., p. 179.

dañoso es ajeno o extraño al agente dañador, cuando aquel se produce fuera de su esfera de actuación y “sin que haya colocado ningún antecedente causalmente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente” (45).

Determinar si la pandemia de COVID-19 encuadra en el concepto de fuerza mayor no es una tarea sencilla y muy difícil de acometer en abstracto, ya que la concurrencia de los recaudos para su configuración puede variar de acuerdo con las circunstancias fácticas concretas de cada caso.

La posibilidad de que se contagie de COVID-19 una persona que ingresa a un hospital público para ser tratado de una dolencia diferente es algo previsible y probablemente evitable y controlable si se adoptan todas las medidas pertinentes. No se trata, entonces, de un acontecimiento imprevisible imposible de resistir. En tal caso, no parece que podría invocarse con éxito la existencia de fuerza mayor. Ciertamente, lo determinante en estos supuestos no es el análisis de la previsibilidad, sino verificar en el caso concreto si tomadas las medidas de prevención era susceptible de ser evitado el perjuicio. Pues es evidente que, si se adoptaron todas las medidas de prevención y cuidado acordes al contexto, a la situación del paciente y al estado de la ciencia, y de todos modos se produce el contagio, pues solo entonces se tratará de un hecho que se puede calificar de inevitable y que no dará derecho a ser indemnizado.

En consecuencia, no podría eximirse de responsabilidad al Estado con base en la fuerza mayor respecto de aquellos perjuicios que se podrían haber evitado o mitigado de haberse adoptado todas las debidas medidas de precaución. En tal sentido se ha señalado que, en tanto se haya podido impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad —entre el obrar estatal y aquellos— requerida para que surja la obligación de

indemnizar (46) y que “el problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño —v. gr. la muerte de cierta persona— era ‘evitable’ o ‘inevitable’, es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciera reproche alguno” (47).

Por lo demás, si se demuestra que en el caso se ha obrado con la debida diligencia y aun así no se ha podido razonablemente impedir el contagio no se configurará la falta de servicio. Es que si bien en la falta de servicio no es preciso demostrar la culpa o dolo del agente autor del daño, no es una responsabilidad de resultados, sino de medios, de conductas (48), por lo que no basta demostrar el nexo causal y el daño para que nazca el deber de indemnizar (49), sino

(46) DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 2020, número especial Coronavirus... y otros problemas, ps. 102 y ss., disponible en <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>.

(47) *Ibidem*.

(48) En este sentido afirma Pizarro que “la doctrina de la falta de servicio no es sino una culpa objetivada, o —lo que es igual— una responsabilidad modelada sobre la base de un estándar objetivo de diligencia esperable, para lo cual debe efectuarse una verificación en concreto “que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. En nuestro sistema constituye un factor objetivo de atribución, dada la imposibilidad de imputación de primer grado postulable en una persona jurídica. Pero en su esencia —y sobre todo en su dinámica económica— funciona como una responsabilidad subjetiva por las razones antes indicadas. Tanto es así que la prueba de la no culpa o, lo que es igual, de la ausencia de falta de servicio libera de responsabilidad” (PIZARRO, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, *ob. cit.*, t. I, ps. 306-307).

(49) Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver: Mir Puigpelat, Oriol, “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema”, *Ed. Civitas, Madrid, 2002*, ps. 177-185 y 258-259) y lo distingue del modelo español en el cual el concepto de lesión y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación

(45) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, *Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013*, t. 2, p. 494 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, *ob. cit.*, p. 180.

que es menester acreditar el anormal o irregular comportamiento estatal, cuya determinación debe realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad; los medios de que dispone la Administración; el lazo que une a la víctima con el servicio; y el grado de previsibilidad del daño (50).

Sin embargo, dado que en determinados supuestos la demostración de los extremos indicados puede implicar una prueba diabólica o sumamente difícil para la víctima la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversos criterios tendientes a aligerar la carga de la prueba (51). Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas (52), la cual “importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos” (53).

#### III.4. Daños a la salud y a la vida de internos de establecimientos carcelarios

También podría suscitarse la responsabilidad estatal por falta de servicio por la muerte de in-

de indemnizar (Rebollo, Luis M., “Puntos de inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración Pública”, trabajo inédito, 2004).

(50) CS, Fallos: 321: 1124 y 330:653.

(51) Ver: Mayo, Jorge - Prevot, Juan Manuel, “La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil”, LA LEY 2010-E, 945 y Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., “Carga de la prueba en las obligaciones de medios. (Aplicación a la responsabilidad profesional)”, LA LEY 1989-B, 942-LLP 1989, 499, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 1117, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, t. I, 715.

(52) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, ED 107-1006 y Zavala de González, Matilde M., “Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código”, LA LEY 2013-B, 1174.

(53) Conclusiones de la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, citadas por Peyrano, Jorge W., “Un proceso civil sin certezas suficientes”, LA LEY 2009-F, 1189, nota 42.

ternos alojados en establecimientos carcelarios que se contagien de COVID-19.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del deber de responder del Estado en casos de daños padecidos por personas encarceladas en establecimientos penitenciarios (54). En dichos pronunciamientos ha expresado que “el principio constitucional que establece que las cárceles tienen como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas y que proscribire toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija (art. 18 de la CN), tiene contenido operativo e impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (CS, Fallos: 326: 1269)” (55). El alto tribunal ha expresado también que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones a dichas obligaciones, pues ello sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (56).

Asimismo, ha señalado que la seguridad como deber primario del Estado, no solo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del art. 18 antes citado, los propios de las personas detenidas (57).

(54) CS, Fallos: 318:2002; 332:2842; 341:1414, entre otros.

(55) Causa “Sosa Nimia Jorgelina c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 04/06/2013 y CS, Fallos: 332: 2842 y 341:1414.

(56) CS, Fallos: 334:1216.

(57) CS, Fallos: 318:2002 y causa “Sosa Nimia Jorgelina c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 04/06/2013.

Pues bien, con arreglo a los fallos citados, el Estado podría ser responsabilizado por los daños en la salud y la vida que puedan padecer internos de establecimientos carcelarios, en la medida que concurran todos los recaudos previstos a tal fin examinados en el acápite anterior.

#### **IV. Daños que son causados por el accionar directo del Estado. Medidas implementadas en ejercicio del poder de policía sanitario**

En el marco de la pandemia de COVID-19, tanto el Estado nacional como las provincias y los municipios han implementado, en ejercicio del llamado “poder de policía sanitario” (58), un sinnúmero de medidas —tales como, entre muchas otras, la imposición del aislamiento obligatorio y el cierre de fronteras— orientadas, primordialmente, a combatir la circulación comunitaria del virus.

En virtud de ellas, se han visto restringidos, en forma generalizada, ciertos derechos de la población —en particular los de transitar, trabajar, comerciar y ejercer industria lícita—, con los consecuentes perjuicios que ello necesariamente conlleva, cuya gravedad, evidentemente, variará en cada caso.

Es menester analizar, en consecuencia, si dichos perjuicios son susceptibles de ser indemnizados a la luz de los principios que rigen la responsabilidad del Estado.

A tal fin, resulta indispensable distinguir los supuestos en los que el daño es consecuencia de un ejercicio ilegítimo del poder de policía, de aquellos en los que aquel tiene por causa

(58) En lo que respecta a los alcances y particularidades del “poder de policía sanitario”, ver FRANCAVILLA, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, en AAVV., Cuestiones de intervención estatal, Ed. RAP, Buenos Aires 2011, ps. 97 y ss. No podemos dejar de señalar, sin embargo, que, si bien la jurisprudencia continúa utilizando la expresión “poder de policía” para referirse a la potestad estatal de regular el ejercicio de los derechos individuales por razones de interés público, y que esta ha sido expresamente incorporada en la CN (art. 75, inc. 30), un importante sector de la doctrina ha postulado su sustitución por el término “regulación” (ver: GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. FDA, Buenos Aires, 2014, 10ª ed., t. 2, ps. 216 y ss. y CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. II, ps. 141 y ss.).

un obrar estatal lícito, en tanto los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal en uno y otro caso difieren sustancialmente.

No nos referiremos puntualmente a la eventual responsabilidad por omisión en el ejercicio del poder de policía sanitario, en tanto, a diferencia de lo ocurrido en diversos países europeos, en Argentina se adoptaron prontamente medidas para hacer frente a la pandemia (59). Si bien podría controvertirse la legitimidad de determinadas decisiones adoptadas, no parecería, en principio, que hayan existido incumplimientos de deberes de actuación por parte del Estado que reúnan los caracteres exigidos por la LRE y la jurisprudencia de la Corte Suprema para dar lugar a este particular supuesto de responsabilidad estatal (60).

##### *IV.1. Responsabilidad estatal por el ejercicio ilegítimo del poder de policía sanitario*

Las medidas adoptadas por las autoridades públicas a efectos de hacer frente a la pandemia de COVID-19, al igual que cualquier otro acto estatal, deben ajustarse a la Constitución Nacional y cumplir con todos los requisitos formales y sustanciales impuestos por el ordenamiento jurídico.

De acreditarse judicialmente la ilegitimidad de una determinada medida, el afectado tendría derecho a que le sean indemnizados los perjuicios que esta le hubiera ocasionado, siem-

(59) En España, por el contrario, se ha cuestionado la lentitud con la que habrían obrado las autoridades públicas para adoptar medidas concretas para combatir la pandemia, lo cual ha llevado a parte de la doctrina a plantear la posible existencia de responsabilidad por omisión (ver, en tal sentido, GARCÍA-ORTELLS, Francisco, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el COVID-19: entre la imprudencia y el dolo eventual”, *Hay Derecho*, 10/04/2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-publica-y-el-covid-19-entre-la-imprudencia-y-el-dolo-eventual/#comment-55155>. Ver también: Gambier, Beltrán, “La pandemia COVID-19 y la responsabilidad del Estado”, <https://beltrangambierielicam.blogspot.com/2020/05/la-pandemia-covid-19-y-la.html>.

(60) En lo que respecta a los principios aplicables en materia de responsabilidad estatal por omisión, ver PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 94 y ss.

pre que se verifiquen en el caso los presupuestos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita (61), que a nivel nacional se encuentran regulados en el art. 3º de la LRE, ya analizado precedentemente.

Es importante señalar, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado un criterio particularmente restrictivo al momento de juzgar la razonabilidad de las medidas dictadas en ejercicio del poder de policía sanitario. En tal sentido, en el caso “Frascalli” (62), en el cual se cuestionó la validez de un acto emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) que había ordenado el sacrificio de animales pertenecientes al actor, se sostuvo que “la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente”.

Asimismo, en el caso “Friar” (63), en el cual se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA con relación al control de la aftosa, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.

Estos estándares de control judicial, excesivamente restrictivos (64), dificultan —en supues-

tos como el aquí analizado— la procedencia de reclamos indemnizatorios sustentados en los principios de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, en tanto su aplicación suele llevar a la desestimación de la existencia de una falta de servicio.

Pese a ello, podría resultar procedente este tipo de responsabilidad si el reclamante demuestra que la medida estatal que ocasionó el daño es manifiestamente desproporcionada o discriminatoria, o que presenta otros vicios graves, como ser la incompetencia para su dictado.

#### *IV.2. Responsabilidad estatal por el ejercicio legítimo del poder de policía sanitario*

En aquellos casos en los que la medida de policía que ocasionó el daño no fuera susceptible de reproches en lo que hace a su legitimidad, el afectado podría, eventualmente, tener derecho a obtener una indemnización de encontrarse reunidos los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

##### *IV.2.a. Aspectos generales de la responsabilidad estatal por actividad legítima*

Este tipo de responsabilidad pública tiene lugar cuando el Estado, mediante comportamientos válidos, perjudica o lesiona los derechos de las personas de una forma especial o anormal, ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad.

En tales supuestos, el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica no solo en los arts. 14 y 17 —que protegen el derecho de propiedad— y 19 de la CN —del

medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos de los particulares de entre aquellas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida. Tal como lo ha destacado la doctrina, esta limitación ha sido aplicada en las más diversas materias y conlleva un control débil y deferente de la actividad estatal (ver, al respecto, 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. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 333 y ss.). Sobre los alcances del control de razonabilidad, ver también CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 167 y ss.

(61) Conf. CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. I, p. 470; y FRANCAVILLA, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, ob. cit., p. 105.

(62) CS, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, CS, Fallos: 327:4958.

(63) CS, “Friar SA c. Estado Nacional”, CS, Fallos: 329:3966.

(64) La jurisprudencia citada pone en evidencia que, al efectuar el control de razonabilidad del ejercicio del poder de policía sanitario, la Corte no aplica el llamado “subprincipio de necesidad”, que conlleva examinar si la

cual deriva la regla *alterum non laedere*— sino, principalmente, en el art. 16, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar sin la debida indemnización (65).

A nivel nacional, la responsabilidad estatal por actividad lícita se encuentra prevista en la LRE (arts. 4º y 5º), que efectúa en esta materia una regulación sumamente limitativa (66), en tanto: a) erróneamente (67) califica este supuesto de responsabilidad como “excepcional”; b) circunscribe la indemnización al daño actual; c) restringe el alcance de la indemnización al “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”; d) descarta el resarcimiento del lucro cesante; y e) agrava las exigencias para la configuración del nexo causal al imponer que debe ser directo, inmediato y exclusivo (68).

IV.2.b. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por actividad lícita

Conforme lo establecido en la LRE, para que este supuesto de responsabilidad sea viable deben reunirse los requisitos que se analizan a continuación.

#### IV.2.b.1. Daño

La LRE dispone, en primer lugar, que para que la responsabilidad sea procedente es necesario que se acredite la existencia de un daño cierto y actual, mensurable en dinero (art. 4º, inc. a)].

(65) Lo expuesto ha sido analizado con mayor detalle en PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 126 y ss.

(66) Conf. BIANCHI, Alberto B., “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.

(67) BIANCHI, ob. cit.

(68) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., p. 125.

En lo que respecta a la exigencia de que el daño sea “actual”, es menester señalar que no existe ninguna razón valedera para no indemnizar aquellas consecuencias dañosas que no han cerrado aún todo su ciclo y que se sabe, de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales (69), razón por la cual la limitación prevista en la LRE no es admisible (70). En rigor, lo relevante para que el daño sea resarcible es que sea cierto y no eventual o hipotético (71).

Apartándose de la jurisprudencia de la Corte Suprema (72), la LRE también dispone, en su art. 5º: (i) que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante; y (ii) que la indemnización comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Ello conlleva una inadmisibles e inconstitucional restricción, ya que deja de lado el principio de la reparación integral, que tiene sustento constitucional (73).

(69) CAZEAUX, Pedro N., “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de la chance”, en AA.VV., Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello, Ed. Platense, La Plata, 1981, p. 18.

(70) Ver, en tal sentido, PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. 1, ps. 514-515; PIAGGIO, Lucas A. - MATTERA, María Eugenia, “El nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 120-121; y RASCHETTI, Franco, “Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito”, ED del 19/06/2020, p. 2.

(71) CS, Fallos: 317:1225.

(72) Si bien en diversos precedentes la Corte consideró improcedente la indemnización del lucro cesante en casos de responsabilidad por actividad lícita, su jurisprudencia más reciente es claramente favorable a la admisión de este rubro indemnizatorio (conf. CS, “El Jacarandá SA”, CS, Fallos: 328:2654; “Zonas Francas Santa Cruz SA”, CS, Fallos: 332:1367; y “Malma Trading SRL”, LA LEY 2014-C, 263). Para un análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte en esta materia, ver PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 145 y ss.

(73) Ver: CS, Fallos: 327:3753 y 335:2333. La exclusión de la indemnización del lucro cesante también ha sido calificada como inconstitucional, entre otros, por CAS-

Cabe destacar también que la fórmula empleada en el art. 5º de la LRE no parece contemplar la reparación del daño moral, el cual, por su naturaleza, no integra el valor objetivo del bien. Sin embargo, marginar su reparación carece de todo sustento lógico y constituye una violación de las disposiciones constitucionales de los arts. 14 y 17, que protegen el derecho de propiedad; del 19 —del cual deriva la regla *alterum non laedere* (74)—; y del art. 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas. Por tal motivo, cabe propiciar una interpretación amplia del artículo bajo análisis que, al disponer que también son indemnizables “los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”, permite comprender entre tales perjuicios, a los de índole moral cualquiera sea su especie (75).

#### IV.2.b.2. Imputabilidad material y relación de causalidad

La LRE exige también como requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legítima: (i) la imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; y (ii) la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (76).

En los supuestos que estamos analizando en este capítulo, la imputabilidad de la actividad dañosa a un órgano estatal no presenta mayores dificultades, pues bastaría para tener por cumplido este requisito la acreditación del dictado

SAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. I, p. 516; GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LA LEY 2014-E, 659; y, puntualmente en lo que respecta a la órbita extracontractual, por CAMPOLIETI, Federico, “El alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 407, PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 157 y ss.

(74) CS, Fallos: 308:1160; 320:1996; 325:11; 327: 857 y 327: 3753; 331:1488, 335:2333, entre otros.

(75) En igual sentido se han pronunciado PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, ob. cit., t. I, ps. 515-516; y STECKLER, Ramiro, “La reparación del daño moral”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 324.

(76) Conf. art. 4º, incs. b) y c), de la LRE.

de la medida estatal que ocasionó el daño cuya indemnización se reclama.

La acreditación de la relación de causalidad entre el obrar estatal y el daño, en cambio, resulta por demás compleja, en tanto la LRE exige que esta sea directa, inmediata y exclusiva (77).

Al examinarse el sentido que cabe conferir a dicha expresión, se ha afirmado que “relación directa de causa a efecto se refiere a las consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirse a la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos” y que “la relación inmediata de causa a efecto concierne a aquellas consecuencias que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas” (78). A su vez, se ha sostenido que la exigencia de que la relación causal sea exclusiva significa que la responsabilidad solo nace si el daño es producido únicamente por un acto estatal, por lo que la responsabilidad estatal por actividad legítima quedaría descartada cuando exista una multiplicidad de factores causales (79).

A nuestro criterio, no es razonable —y podría incluso suscitar la lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad, y al principio *neminem laedere*— que el solo hecho de que medie algún grado de interferencia en el nexo causal, baste para relevar al Estado de su responsabilidad, incluso en supuestos en los cuales su participación puede ser la decisiva y relevante para la producción del daño (80).

(77) La LRE sigue el criterio restrictivo empleado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales se sostuvo la necesidad de acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta estatal dañosa y el perjuicio cuya reparación se persigue (CS, Fallos: 312:1656 y 2020; 318: 1531; 328:2654, entre otros).

(78) SAMMARTINO, Patricio M. E., “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 438.

(79) SAMMARTINO, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, ob. cit. p. 448.

(80) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., p. 134. Muratorio se ha expresado en contra del criterio de la exclusividad del nexo causal porque “las relaciones de causalidad son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstan-

Al respecto, Piaggio y Mattera han señalado que la exigencia de exclusividad en la relación causal es cuestionable “por cuanto no puede quedar completamente exonerado el Estado cuando el daño ha sido ocasionado no solo por la actividad estatal, sino también por el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima, o un supuesto de caso fortuito” **(81)**. Tal como lo afirman los autores citados, la existencia de concausa debería ser únicamente invocada para distribuir proporcionalmente la responsabilidad, no para excluirla en su totalidad cuando se encuentran configurados los restantes presupuestos exigidos para su procedencia **(82)**.

En virtud de ello, se ha postulado que, de acuerdo con una interpretación razonable de la LRE, el Estado debe responder cuando el obrar estatal tiene una incidencia preponderante o más trascendente en el resultado dañoso que las restantes causas concurrentes **(83)**.

El cumplimiento del requisito bajo análisis constituirá uno de los ejes centrales del debate

cias diversas que actúan como condición del daño, pudiendo admitirse exoneraciones parciales de responsabilidad tales como el caso fortuito o fuerza mayor externos o culpa de la propia víctima o de terceros” (MURATORIO, Jorge I., “Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en A.A.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 77).

(81) PIAGGIO - MATTERA, “El nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, ob. cit., p. 123. También se pronunciaron en contra de la exigencia de exclusividad en la relación de causalidad, entre otros: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Regulación económica y responsabilidad del Estado. Pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, ob. cit., p. 863; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, ob. cit., t. 1, ps. 517-518; ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 139 y ss.; BALBÍN, Carlos F., “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 42; y RASCHETTI, Franco, “Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito”, ED del 19/06/2020, p. 2.

(82) PIAGGIO - MATTERA, ob. cit., p. 125.

(83) CORRÁ, María Inés, “La relación de causalidad”, en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 236.

en el marco de los eventuales reclamos indemnizatorios que se articulen como consecuencia de perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, en tanto las autoridades públicas demandadas seguramente alegarán que los daños invocados no tienen por causa exclusiva la medida estatal en cuestión, sino que la propia pandemia constituye un caso fortuito que operaría como concausa, excluyente de la responsabilidad estatal en los términos de la LRE **(84)**.

La cuestión es por demás compleja y no resulta posible postular una solución general, en abstracto, ya que el criterio a aplicar variará de acuerdo con las circunstancias fácticas concretas de cada caso. No obstante ello, entendemos que, en principio, la responsabilidad estatal debería ser admitida —siempre que se verifiquen los restantes requisitos— en aquellos supuestos en los que la causa preponderante del daño no haya sido la pandemia en sí misma, sino las medidas estatales adoptadas para hacerle frente.

Cabe preguntarse, asimismo, si el Estado podría invocar —en adición a la existencia de un caso fortuito— el “estado de necesidad” como eximente de responsabilidad, alegando que se vio obligado a adoptar medidas lesivas de los derechos particulares a fin de evitar un mal mayor.

La LRE nada dice al respecto, pero el Cód. Civ. y Com. receptó este instituto en el art. 1718, inc. c), conforme el cual está justificado el hecho que causa un daño para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, en la medida en que el peligro no se origine en un hecho suyo y el mal que se busque evitar sea mayor que el que se causa. Ahora bien, pese a que esta causal de justificación excluye la antijuridicidad del hecho dañoso, dicho código reconoce el derecho del damnificado a ser indemnizado en estos supuestos, en la medida en que el juez lo considere equitativo, razón por la cual se ha afirmado

(84) Debe tenerse en consideración que la LRE no solo exige exclusividad en la relación de causalidad, sino que su art. 2º, inc. a), expresamente exime de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial.

que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por acto lícito **(85)**.

En consecuencia, aún si se entendiera que la disposición legal bajo análisis es aplicable por analogía a los casos de responsabilidad estatal, lo cierto es que la invocación del “estado de necesidad” no eximiría al Estado del deber de indemnizar los daños ocasionados en virtud de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia, sino que únicamente podría tener incidencia en lo que respecta al monto de la indemnización a ser abonada, la cual, conforme lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, debería ser fijada equitativamente por el juez.

#### IV.2.b.3. Factor de atribución

En los incs. d) y e) del art. 4º de la LRE se contempla el factor de atribución de la responsabilidad por actuación estatal legítima, que consiste en la existencia de un sacrificio o daño especial que el afectado no está obligado a soportar, cuyo fundamento principal radica en la ruptura del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas **(86)**.

No obstante que la noción de sacrificio o daño especial fue receptada hace más de medio siglo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(87)**, lo cierto es que sus alcances aún no están claramente definidos, razón por la cual su determinación depende de la casuística judicial **(88)**.

Del examen de los pronunciamientos del máximo tribunal surge que en algunos casos ha

(85) SEIJAS, Gabriela, “La antijuridicidad del obrar estatal”, en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, ob. cit., p. 190.

(86) Conf. BIANCHI, Alberto B., “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.

(87) CS, Fallos: 176:111; 180:107 y 248:79.

(88) BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en AAVV, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 28.

prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos **(89)**, mientras que en otros, acertadamente, se ha seguido una concepción de índole cualitativa **(90)** que toma en consideración la intensidad **(91)** o gravedad del daño **(92)**, en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal **(93)** y razonablemente soportar **(94)**.

Es importante advertir que para el legislador el “sacrificio especial en la persona dañada” se configura “por la afectación de un derecho adquirido” **(95)**. Ello parece estar en línea con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la

(89) CS, Fallos: 316: 397 y 321:3363.

(90) A juicio de Comadira el sacrificio especial “se debería referir a la razonabilidad (“Ledesma”, consid. 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquel guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad (“García”, consid. 5º, citada en nota 25)” (COMADIRA, Julio R., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, EDA 2001/2002, 181).

(91) Conf. MAIRAL, Héctor A., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, AAVV. Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 141 y ss.

(92) CS, Fallos: 315:1892 y 330:2464, entre otras.

(93) CS, Fallos: 308: 2626.

(94) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LA LEY 2000-D. 1219; y COMADIRA, Julio R., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, EDA 2001/2002, 181.

(95) Conf. art. 4º, inc. e, de la LRE. Esta disposición legal pareciera cerrar las puertas a la indemnización s los supuestos en que lesionen legítimas expectativas debidamente acreditadas (ver: COVIELLO, Pedro J. J., “Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado”, ED 259-903 y CILURZO, María Rosa, “El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 141 y ss.).

Nación en la causa “Revestek” (96), en la cual se expresó que el presupuesto de todo análisis sobre la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida (97). Seguidamente precisó que ello implicaba dilucidar si el demandante tenía un derecho adquirido. Concorde con ello, en otras decisiones afirmó: “únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio son susceptibles de generar un derecho a tal resarcimiento” (98).

La LRE dispone, asimismo, que, a efectos de que resulte procedente la responsabilidad estatal por actividad legítima, es necesario que se verifique la “ausencia de deber jurídico de soportar el daño” (art. 4º, inc. d).

Este requisito fue oportunamente enunciado por la Corte Suprema en el recordado caso “Columbia” (99), de 1992, pero, pese a haber sido tenido en consideración en pronunciamientos posteriores (100), nunca fue objeto de un análisis pormenorizado por parte del tribunal, que permita delimitar sus alcances concretos.

Desde el plano doctrinario se han efectuado diversas interpretaciones acerca de este recaudo. Así, mientras algunos juristas consideran que el requisito bajo análisis está subsumido en la exigencia de que exista un sacrificio especial (101), otros entienden que constituye un requisito autónomo, lo cual requiere determinar

(96) CS, Fallos: 318:531.

(97) Criterio reiterado en la causa “Malma Trading SRL”, LA LEY 2014-C, 263.

(98) CS, Fallos: 323:1897 y 330:2548.

(99) CS, Fallos: 315:1026.

(100) Ver, al respecto, la reseña jurisprudencial efectuada en el trabajo de VERAMENDI, Enrique V., “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, LA LEY 2016-C, 1182.

(101) Conf. RASCHETTI, Franco, “Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito”, ED del 19/06/2020, p. 2.

en qué supuestos puntuales existiría tal deber de soportar el daño causado por el Estado (102).

Dado el criterio eminentemente casuístico que ha aplicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, reviste fundamental relevancia —a los efectos del presente trabajo— la doctrina sentada en el caso “Friar” (103), de 2006, pues en esa oportunidad el tribunal se pronunció puntualmente sobre los alcances de la responsabilidad estatal derivada del ejercicio legítimo del poder de policía sanitario.

Al respecto, el tribunal afirmó que “como regla, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización” y que “en nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar” (considerando 8º de la sentencia).

La doctrina establecida en “Friar” dio lugar a serias dudas sobre sus verdaderos alcances (104), pues las afirmaciones genéricas

(102) Conf., VERAMENDI, Enrique V., “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, LA LEY 2016-C, 1182; MURATORIO, Jorge, “La ausencia del deber jurídico de soportar el daño”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 484; y PIAGGIO - MATTERA, “El nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, ob. cit., ps. 129 y ss.

(103) CS, Fallos: 329:3966.

(104) Ver al respecto, MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado en el derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso ‘Friar SA’”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 75; COMADIRA, Guillermo F., “La responsabilidad estatal por actividad ilícita (por acción u omisión) y lícita derivada del ejercicio del poder de policía y de la actividad de policía. A propósito del caso ‘Friar SA’”, Derecho Administrativo Austral, año 2009, nro. 3, p. 195; y

expuestas en la última parte del considerando transcripto no parecían, en principio, conciliables con el criterio adoptado por el propio tribunal en numerosos precedentes, en los que se admitieron reclamos indemnizatorios por perjuicios derivados del ejercicio del poder de policía (105).

A nuestro criterio, para comprender los alcances concretos de la doctrina del caso “Friar”, es indispensable tener en consideración que la Corte invocó, en sustento de esa decisión, el fallo dictado en la causa “Román” (106), en el cual había sostenido que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en el marco de la responsabilidad estatal por actividad lícita “no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad; en consecuencia, solo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 CN” (consid. 13).

Como se puede apreciar, en la sentencia se efectuó una transcripción parcial del estándar establecido en el caso “Román”, ya que se omitió señalar que existe derecho a indemnización respecto de los perjuicios que constituyan consecuencias “anormales” de la actividad lícita estatal.

GAUNA, Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado por ejercicio del poder de policía en materia sanitaria: el caso ‘Friar’”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Máximos precedentes: derecho administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 681.

(105) Ver, entre otros, los casos “Los Pinos” (CS, Fallos: 293:617), “Cantón” (CS, Fallos: 301:403) y “Motor Once” (CS, Fallos: 312:649).

(106) CS, Fallos: 317:1233.

Dicha omisión, sin embargo, no implica que esos perjuicios no sean indemnizables en supuestos como los analizados en “Friar” (esto es, en los que el daño es consecuencia del ejercicio del poder de policía sanitario), en tanto la Corte negó la procedencia de la responsabilidad estatal respecto de las consecuencias “necesarias y normales” del obrar estatal lícito, lo cual permite inferir, *a contrario sensu*, que las consecuencias “anormales” sí deben ser indemnizadas (107), tal como se sostuvo en el caso “Román”, y fue luego reiterado —en lo que respecta a otros supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita— en las sentencias dictadas en las causas “Pistone” (108) y “Malma Trading” (109).

En virtud de ello, entendemos que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en los supuestos de responsabilidad estatal derivada del ejercicio lícito del poder de policía sanitario los requisitos previstos en los incs. d) y e) del art. 4º de la LRE deben ser interpretados con el siguiente alcance:

(i) los perjuicios que constituyan consecuencias normales de las medidas sanitarias lícitas no son indemnizables y deben ser soportados por los damnificados, por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad; y

(ii) en cambio, aquellos daños que constituyan consecuencias anormales de este tipo de medidas deben ser indemnizados, dado que significan para el damnificado un sacrificio especial o desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica.

La dificultad está en determinar cuándo nos encontramos ante una consecuencia anormal de estas medidas estatales y, por consiguiente, ante un sacrificio especial que haga procedente la indemnización. En el caso “Román” la Corte afirmó que dicho supuesto se verifica cuando el perjuicio “va más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de

(107) En forma similar se ha pronunciado SACRISTÁN, Estela, “Las expropiaciones de fuente regulatoria (regulatory takings). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, RDA, 85, enero-febrero 2013, ps. 89-90.

(108) CS, Fallos: 330:2464.

(109) LA LEY 2014-C, 263.

los derechos patrimoniales”, lo cual parecería indicar que el criterio a adoptar tiene carácter cualitativo (basado en la gravedad del perjuicio). Sin embargo, en el precedente “Malma Trading”, pese a reiterar dicho parámetro, el tribunal únicamente ordenó indemnizar el rubro “anticipo a cuenta no recuperado”, con sustento en que se trataba de un daño sufrido “específicamente” por la actora, lo cual conllevaría la aplicación de un criterio cuantitativo (110).

En esta familia de fallos —en los que se distinguió entre las consecuencias normales y anormales de la actividad estatal legítima— encontramos, por consiguiente, las mismas ambigüedades que se verifican en los restantes precedentes de la Corte al momento de juzgar la existencia de un sacrificio especial, en los que se han aplicado —sin invocar fundamentos que permitan colegir pautas precisas— criterios tanto cualitativos como cuantitativos, cuestión a la que ya nos hemos referido al comienzo de este capítulo.

Por las razones expuestas, no resulta posible adelantar, a ciencia cierta, el criterio que adoptarán los tribunales al momento de juzgar la configuración del requisito bajo análisis (existencia de un sacrificio especial) ante eventuales reclamos indemnizatorios por perjuicios derivados de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia de COVID-19.

No obstante ello, parecería lógico entender que, si bien no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de dichas medidas (por carecer de especialidad desde una perspectiva cuantitativa) (111), sí deberían ser

(110) La Corte rechazó los restantes rubros en el entendimiento de que se referían a perjuicios que constituían “riesgos propios del giro comercial”, por lo que no se encontraba acreditada, en lo que a ellos respecta, “la condición de especialidad” (ver, consids. 12 y 13 de la sentencia).

(111) Cabe recordar aquí la opinión de Bianchi, cuando afirma: “Partimos de dos extremos cuya solución inicial es fácil. En uno de ellos la ley ha dañado a una sola persona, que indiscutiblemente exhibe un sacrificio especial indemnizable. En el otro, la ley ha limitado los derechos de todos: ha impuesto una carga pública. Ahora bien, a medida que vamos acercando esos extremos, veremos que la comunidad de afectados crece y que la

compensados aquellos daños que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, tengan un carácter diferencial, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad (112).

de no afectados se reduce. El problema consiste entonces —nada menos— en determinar el punto de inflexión en donde el sacrificio especial se torna en una carga pública. Y esto solamente pueden decirlo los jueces en presencia de un caso concreto” (BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 27). En referencia, puntualmente, a la responsabilidad estatal en el marco de la pandemia de COVID-19, en la doctrina española se ha señalado que “resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la generalidad de los ciudadanos fuera resarcido por los poderes públicos, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no solo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración. “Compensar” a las víctimas empeoraría paradójicamente su situación. El dinero que les entraría por un bolsillo sería menos que el que les saldría por el otro. A nadie se le escapa que, como consecuencia de las acciones y omisiones imputables a las Administraciones públicas en el marco de la gestión de esta crisis, prácticamente todos los ciudadanos españoles hemos sufrido o vamos a sufrir, en mayor o menor medida, daños de una enorme magnitud. Cuando menos, las consecuencias económicas negativas que esas actuaciones van a desencadenar en un futuro cercano para el conjunto de la sociedad española se avizoran extraordinariamente graves. De ahí que, por las razones expuestas, no tenga mucho sentido indemnizar estos perjuicios generalizados. Es muy probable que los poderes públicos compensen, en todo o en parte, algunos de ellos a fin de proteger el bienestar económico del país y, especialmente, el de las personas más necesitadas, pero la herramienta más eficiente y justa para lograr ese objetivo no es la responsabilidad patrimonial, sino, en su caso, el otorgamiento de ayudas de fomento o asistenciales, configuradas con arreglo a fines y principios muy distintos. Estas ayudas se conceden a través de procedimientos menos costosos y permiten asignar los recursos a las personas que más los necesitan o que pueden extraerles una mayor utilidad social” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, ob. cit., p. 106).

(112) Al respecto, la doctrina española ha señalado que “no creemos que pueda excluirse a priori la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la crisis, hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del art. 32.2 de la LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los

En este último supuesto podrían, eventualmente, encuadrar por ejemplo los perjuicios

que los ciudadanos, con carácter general, hemos soportado y vamos a tener que soportar como consecuencia de la gestión de la pandemia. No es descabellado pensar que determinados daños personales —v.gr. la muerte de un pariente cercano— o patrimoniales encajan en el referido concepto legal de daño individualizado” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, ob. cit., p. 106).

sufridos por determinados comerciantes que se vieron obligados a cerrar en forma definitiva sus negocios como consecuencia de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia, y los daños padecidos por aquellos ciudadanos argentinos que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar al país en virtud de la decisión del Gobierno nacional de proceder al cierre de fronteras.

# Ocupación temporánea en tiempos de COVID-19

Pedro Romero

**Sumario:** I. Introducción.— II. Ocupación temporánea.— III. Ocupación temporánea normal.— IV. Ocupación temporánea anormal.— V. Dec. 522/2020, COVID-19 y ocupación temporánea de una empresa.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

El día 9 de junio de este año se publicó el dec. 522/2020 por el cual se ordena la “intervención” transitoria de una empresa privada (Vicentín SAIC) y su “ocupación temporánea anormal”, en los términos, esta última, de los arts. 57, 59 y 60 de la ley de facto 21.499.

Todo ello, en el marco —y sobre la base, incluso— del COVID-19, tal como surge de los propios considerandos del decreto.

La pandemia, como es de público conocimiento, ha producido un profundo efecto no solo sobre la realidad fáctica del país —y del mundo— sino también sobre la normativa vigente.

Por tal motivo, desde el dec. 260/2020, que ampliara la emergencia sanitaria (1), en adelante, hemos sido testigos de una frondosa producción normativa por parte del Poder Ejecutivo relacionada con la pandemia —uno de cuyos ejemplos es el decreto que ahora comentamos—, inversamente proporcional a la que ha tenido el Congreso durante el mismo período.

En esta oportunidad nos interesa analizar técnica y críticamente la utilización de la figura de la ocupación temporánea en el decreto de refe-

rencia y su ligazón con la pandemia existente, expresamente invocada en sus considerandos.

## II. Ocupación temporánea

La ocupación temporánea ha sido definida como “un desmembramiento de la propiedad en virtud del cual un ente estatal adquiere en forma provisional el uso y goce de un inmueble de una persona no estatal” (2).

A diferencia de la figura de la expropiación propiamente dicha, la ocupación hace referencia al “uso transitorio” por parte de la autoridad administrativa de un bien que no pertenece al Estado; en lo que aquí interesa, de un bien que es propiedad de un sujeto privado.

En otras palabras, no estamos frente a la transmisión coactiva del dominio de un bien hacia el Estado, sino de la imposición de la utilización por un plazo determinado por parte de la autoridad.

Pensemos en que en los casos donde se preciaría —a criterio del organismo público competente— utilizar solo momentáneamente el bien de un privado, la ley ha previsto una solución que no implica la afectación del derecho real de dominio sino solo el uso de este: se trataría de una especie de “alquiler” —en términos privatistas— en el caso de la apropiación temporánea normal, y de “comodato”, en la anormal, según

(1) A la luz del acotado marco de la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley 27.541, podríamos preguntarnos si con el dec. 260/2020 estamos en presencia de una auténtica “ampliación”, o bien del establecimiento liso y llano de la emergencia, interrogante que excede el presente trabajo.

(2) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 9, p. 380. Disponible online en [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo18.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo18.pdf) (último acceso: 20/06/2020).

haya o no indemnización por el mentado uso, tal como veremos.

Esa “utilización” a la que hacemos referencia se acerca, en términos civilistas —y esto cabe consignarlo a pesar de encontrarnos en el ámbito del derecho administrativo— al derecho de “uso”, el cual se define como “el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia” (art. 2154, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La ocupación temporánea configura, en rigor, una de las limitaciones al derecho de propiedad, en este caso, una regulada por el derecho público e inspirada, justamente, en el interés público.

Si bien las que tienen su razón de ser en el interés privado se rigen, en principio, por el derecho civil, lo cierto es que el mismo Vélez Sarsfield, al referirse a la figura de expropiación, íntimamente ligada, por entonces, a la de ocupación, en caso de urgencia aceptaba que la autoridad pudiera “disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad” (art. 2512) (3).

El Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, refiriéndose a los “límites” en vez de a las “restricciones” al dominio (4), receta que las “limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo” (art. 1970).

Una figura, entonces, del derecho público, concretamente, administrativo, que configura un claro límite al derecho de propiedad de las

---

(3) Esta norma fue la que dio base legal a la figura antes de la sanción de la ley de facto 21.499. Art. 2.512. Cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad.

(4) Véanse los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” elaborados por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

personas, sin perjuicio de que, en principio, no afecte el derecho real del dominio del bien privado, sino únicamente a su uso (5).

Es esa una de las principales diferencias con la figura de la expropiación, pese a que existe una clara relación entre ambas, la cual se advierte, incluso, por el mero hecho de estar legislada en la propia Ley de Expropiaciones. Ello, sin perjuicio de que, refiriéndonos puntualmente a la ocupación anormal, esta última no precisa declaración legal de utilidad pública ni exige indemnización, a diferencia de la normal, como veremos en el punto siguiente.

Ahora bien, la ocupación temporánea se encuentra regulada —a nivel nacional— en la Ley de Expropiaciones, en su tít. IX (arts. 57 a 70).

Además, ha sido receptado por las legislaciones provinciales, que en su mayoría regulan la figura en el mismo texto legal en que aparece regulada la expropiación, aunque sin confundir ambos conceptos (p. ej., la ley 238 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 6394 de la provincia de Córdoba, etc.), lo mismo que sucede en el derecho comparado (p. ej., ley española de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa).

Son ejemplos de ocupación temporánea, el utilizar, por ejemplo, un automóvil de un privado para conducir a un enfermo grave al hospital más cercano, predios o terrenos linderos a obras o monumentos públicos para trabajar en estos (alojar maquinarias, depositar materiales, etc.), terrenos y campos para prevenir las consecuencias de desastres naturales (por ejemplo, inundaciones (6), incendios, terremotos, etc.), inmuebles y maquinarias para entregarlos, por ejemplo, a cooperativas de trabajo (7), etcétera.

---

(5) Como es sabido, el derecho de propiedad en términos constitucionales (art. 17, CN) es más mucho amplio que el derecho real de dominio (CS, “Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de la Capital”, Fallos 145:307, entre otros).

(6) SCBA, “Mouremble, Marcelo c. Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 15/07/2015.

(7) Ley 7788 de la provincia de Mendoza.

Las notas salientes de la ocupación temporánea, sea en su faceta normal como anormal, son las siguientes:

i) Interés público: la adopción de la medida debe responder a una necesidad que interese a la comunidad en su conjunto, en contraposición al interés privado o, incluso, a un interés meramente sectorial, que suponga un beneficio indebido para determinados sectores en detrimento de otros. Ello, por cierto, sin perjuicio de que en la ocupación temporánea normal se requiera “previa declaración de utilidad pública”, la cual —como veremos— no es requerida en el caso de la anormal.

ii) “Uso” de un bien que no sea propiedad del ocupante: a diferencia de lo que sucede con la expropiación, en este caso la autoridad no precisa hacerse de la “propiedad” del bien, sino únicamente de su uso.

iii) Limitación temporal del uso: a diferencia del dominio, que por definición es perpetuo (art. 1942, Cód. Civ. y Com. de la Nación), estamos en presencia de la utilización transitoria de un bien ajeno. Cabe resaltar la importancia de esta característica, en tanto que, de desnaturalizarse, estaríamos en presencia de una virtual expropiación dado que el particular, aun propietario formal del bien, carecería de una de las atribuciones que tal carácter otorga, cual es la de usar y gozar de la cosa bajo su dominio (8).

Por lo demás, cabe indicar que el Estado no se encuentra habilitado a variar el destino que motivó su ocupación (art. 63). De esta manera, el fin determinado por la ley o acto que establecen la ocupación no puede ser variado en los hechos por la autoridad administrativa al efectivizarla, o bien habiendo culminado el plazo correspondiente.

En un carril análogo, tampoco puede la Autoridad alterar la sustancia del bien ocupado, salvo expresa autorización del propietario (art. 66).

(8) Una interesante discusión, pero que excede el marco de este trabajo, se da al analizar los efectos —y la eventual inconstitucionalidad— de la prescripción de la acción para requerir la devolución del bien ocupado (art. 70).

Tanto esta restricción cuanto la anterior aparecen razonables, en tanto sirven de contrapeso a una atribución estatal que se impone a los particulares y que, incluso en algunos casos, ni siquiera da derecho a indemnización para el propietario privado del uso.

Por último, para terminar de dar un apretado panorama del instituto, cabe consignar que tanto la ley cuanto la doctrina y la jurisprudencia reconocen dos tipos de ocupación temporánea:

i) Normal: responde a una “necesidad normal no inminente” (art. 58).

ii) Anormal: responde a una “necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita” (art. 58).

### III. Ocupación temporánea normal

Este tipo de ocupación obedece a una causa no extraordinaria ni urgente: “no inminente”, según la ley.

A diferencia de la ocupación anormal, requiere de declaración legal de utilidad pública y conlleva indemnización.

Como puede advertirse, se trata de una figura afín con la expropiación, donde el órgano legislativo debe, en forma previa, declarar la utilidad pública del bien sujeto a ocupación, y debe compensarse el uso efectuado sobre el bien con una indemnización a favor del propietario.

En este caso, la ley remite en subsidio a las reglas establecidas para la dinámica expropiatoria, sin perjuicio de establecer que, para este tipo de ocupación, la indemnización “comprenderá el valor del uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien o cosa ocupados, como así también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria e indispensablemente con motivo de la ocupación” (art. 62).

En otras palabras, se incluye:

a) el valor del uso, a determinarse primeramente por el Tribunal de Tasaciones de la Nación o por las respectivas oficinas técnicas, o por peritos (arts. 13 y 17);

b) los daños y perjuicios que eventualmente se produzcan, es decir, los menoscabos o dete-

rioros que sufra el bien como consecuencia directa de la ocupación; y

c) el valor de los materiales extraídos: en este supuesto, no es difícil concluir que el legislador está pensando puntualmente en bienes inmuebles de los cuales se “extraen” los materiales a los que hace alusión.

Siendo de aplicación, como se dijo, en forma subsidiaria, el régimen general de expropiación para la fijación de la indemnización, se entiende que en la ocupación normal tampoco se tendrán en cuenta “circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas”, etc. (art. 10).

Por otro lado, y en el mismo sentido que la figura concreta de la expropiación, el art. 61 admite que puede existir avenimiento —es decir, acuerdo entre el sujeto expropiado y el expropiante (en nuestro caso, ocupado y ocupante)— o bien, en su defecto, que la ocupación se dispondrá por el juzgado que le toque intervenir (arts. 18 y ss.).

Adentrándonos ahora en la duración de la ocupación temporánea, el legislador es claro al ponerle una limitación de dos años (art. 64). Como ya se adelantara, la vulneración del plazo desnaturalizaría la característica no permanente de la figura, en contraposición con la nota de perpetuidad que presenta la transmisión del dominio a través de la expropiación.

#### IV. Ocupación temporánea anormal

Esta es la que más nos interesa, toda vez que —como adelantamos— fue la concreta figura jurídica utilizada por el dec. 522/20 sobre la empresa Vicentín SAIC.

A diferencia de la categoría anterior, obedece a una situación que surge de improviso, sin antelación, sin previsión por parte del Estado: “necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita”, según la ley.

En la concepción del legislador, es esa la premisa desde la cual se establecen dos sustanciales diferencias normativas con la ocupación normal, a saber:

a) puede ser declarada directamente por la autoridad administrativa; y

b) no da lugar a indemnización.

En el primer caso, se elimina el elemento fundamental de la expropiación y de la ocupación normal, cual es la declaración legal previa de utilidad pública, para proceder a la aplicación de ambas figuras de manera directa y sin intervención del órgano legislativo.

En efecto, lo puede hacer directamente el poder administrador por esa necesidad urgente, súbita, etc. a la que ya hicimos referencia. Se entiende que dicho carácter impide que la decisión transite por los muchas veces engorrosos canales de un procedimiento legislativo promedio (9).

En cuanto a la segunda cuestión, la de la indemnización, el legislador ha optado por no otorgar al propietario la compensación que sí tiene, por el contrario, el sujeto expropiado y el sujeto pasivo en una ocupación temporánea normal, como hemos visto.

Sea cual fuere el motivo para tal decisión (10), lo cierto es que, si bien no se admite la indemnización propiamente dicha, sí se acepta “la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a los que estrictamente determinaron su ocupación” (art. 59).

En otros términos, si en el devenir de la ocupación se dañan los bienes del propietario, el Estado se encuentra obligado a abonar las su-

(9) Entre las honrosas excepciones a esa regla se cuenta el trámite expreso que tuvo la Ley 27.362 referido al conocido “2x1” para “la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.

(10) Casas y Romero Villanueva citan a Marienhoff quien considera que no corresponde indemnización porque se está frente a un “elemental deber de solidaridad social”, y a Borda, para quien la causa estaría dada en la supuesta brevedad de la ocupación, razón por la cual “no cabe reclamar por un daño que se supone de menor cuantía” (CASAS, Juan A. — ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Expropiación Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 240).

mas por los perjuicios ocasionados. La misma obligación pesa para el caso de que se utilice el bien ocupado para fines distintos o de una manera distinta de la que fuera prevista originalmente.

Parte de la doctrina considera inconstitucional la ausencia de indemnización en la ocupación temporánea anormal (11), dado que existiría una afectación de la propiedad análoga a producida por la expropiación, la cual es supeditada en el texto constitucional a la respectiva indemnización previa.

Por nuestra parte, entendemos que un juicio *a priori* sobre la constitucionalidad de la norma es arriesgado de hacer. Por el contrario, sobre el caso concreto, y tomando en consideración la duración e intensidad de la ocupación, consideramos que puede existir esa posibilidad, máxime en virtud de la cercanía que tiene la ocupación temporánea anormal con la normal y con la expropiación, figuras ambas que requieren de indemnización (la primera, por disposición legal, mientras que la segunda, por expresa previsión constitucional).

En otras palabras, será el análisis en el caso concreto el que debele si la ausencia de indemnización está en pugna o no con el art. 28 de la CN.

Por lo demás, y en relación con la duración de este tipo de ocupación, a diferencia de lo que sucede con el normal, el legislador no define un plazo determinado, sino que se limita a establecer que no “tendrá mayor duración que el lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad” (art. 60).

Aun considerando lo dificultoso que sería prever las posibles necesidades que lleven en la práctica a tener que echar mano de esta figura, y, por ende, la consiguiente complicación para establecer por adelantado su duración, entendemos que la marcada ausencia de parámetros temporales objetivos no luce conveniente, sobre todo cuando estamos en presencia de una decisión que, como dijimos, puede ser tomada directamente por el poder administrador —sin

(11) Cfm. CASAS, Juan A. — ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., ob. cit., p. 239.

intervención alguna del Congreso ni declaración de utilidad pública— y que no genera en el propietario del bien derecho de indemnización alguno.

En contraposición con ese criterio, p. ej., la Ley de Expropiaciones de CABA, por caso, establece que el Jefe de Gobierno puede disponer la ocupación temporaria de un bien por una necesidad urgente, “por un plazo no mayor de cinco [5] días corridos” (art. 34, ley 238).

En el mismo sentido que lo dicho sobre la ausencia de indemnización, consideramos que deberá evaluarse en el caso concreto si la inexistencia de limitación temporal para este tipo de ocupación resulta razonable a la luz de la efectiva duración que el poder administrador fije para ella.

#### **V. Dec. 522/2020, COVID-19 y ocupación temporánea de una empresa**

Como se anticipara, el día 9 de junio de 2020 se publicó el dec. 522 por el cual se dispuso la “intervención transitoria de la sociedad Vicentín SAIC” y su “ocupación temporánea anormal”, en los términos de los arts. 57, 59 y 60 de la ley 21.499. Ambas medidas se tomaron originalmente por sesenta días.

En los considerandos del decreto se hace una síntesis de las razones que —a criterio del Poder Ejecutivo— llevan a la intervención y a la ocupación temporánea, y se consigna que la empresa (que comercializa el 9% de las ventas externas agroindustriales del país) se encuentra en concurso preventivo, en trámite ante la Justicia civil y comercial de la provincia de Santa Fe.

A su turno, señala expresamente, en lo que a nosotros interesa, que “la pandemia producida por el virus SARS-CoV2 [...] generó una crisis económica global, constituyéndose el supuesto que nos ocupa, en un serio escollo para el desarrollo del proceso concursal en los plazos previstos”.

De esta manera, observamos que la intervención y ocupación encuentran uno de sus fundamentos en que el COVID-19 dificulta que el procedimiento concursal se tramite según los tiempos normales de la Justicia.

En relación con ello, insiste con que “el tiempo que demanda el proceso judicial... en la actual situación sanitaria” podría afectar el volumen agroexportador de Vicentín SAIC, con sus potenciales y consecuentes “efectos negativos en materia laboral, comercial, económica y social”.

La importancia de tales efectos vendría dada porque “la sociedad concursada, es controlante de empresas productoras de alimentos para el mercado interno, lo cual resulta relevante en momentos de altísima vulnerabilidad, a raíz de la pandemia de COVID-19”.

De esta manera, se puede afirmar, a contrario sensu, que, en tiempos de sosiego e inexistencia de pandemia, en tiempos en que no exista la “altísima vulnerabilidad” apuntada (aunque no explicita de qué o de quién es tal vulnerabilidad), este fundamento para la intervención y ocupación no tendría ya lugar.

Por lo demás, y siempre en el mismo sentido, los considerandos admiten lo que ya los “vistos” adelantaban: que la intervención dispuesta obedece al objetivo de asegurar la continuidad de la empresa, en el marco de “la situación de emergencia sanitaria que vive el país, ampliada por el dec. 260/2020 en el marco de las emergencias dictadas por la ley 27.541”.

Lo mismo sucede cuando desarrolla las razones para disponer la ocupación temporánea, fundamentando la urgencia de la medida “en el marco de las emergencias dictadas por la ley 27.541 y la situación de emergencia sanitaria inédita que vive el país”.

En otras palabras, y pese a que el texto normativo no lo aclara, en virtud de todo lo expuesto, podemos concluir sin hesitación que la invocación del COVID-19 es uno de los pilares fundamentales en los cuales se asientan la intervención y ocupación temporánea dispuestas por el dec. 522/2020.

Consecuentemente, desde el plano normativo no caben dudas de que, pese a que la parte dispositiva del decreto no lo aclara, la decisión ejecutiva hunde sus raíces en la emergencia en

materia sanitaria dispuesta por la ley 27.541, ampliada por el dec. 260/2020 (12).

En otro orden de cosas, y tal como analizamos previamente, la ocupación puede darse sobre “un bien o una cosa determinados”, y su norte reside en hacer un “uso transitorio” (art. 57) de manera tal de satisfacer determinadas necesidades, sean estas normales o anormales (art. 58). En este caso, estaríamos en presencia, conforme la letra del decreto, de las últimas.

Siendo así, entendemos de harto dudosa aplicación en la práctica la ocupación temporánea de una persona jurídica, como en el caso.

El análisis previo nos conduce a pensar que, por la propia naturaleza del instituto, no parece haber sido la intención del legislador que esta se aplique sin más a un auténtico sujeto de derecho, como lo es una persona jurídica.

Ello, porque, a diferencia de lo que sucede con la expropiación —donde se transfiere el dominio del bien o cosa desde el sujeto expropiado al expropiante (13)— en el caso de la ocupación hay, si se quiere, una transferencia del “uso” de la cosa, situación difícil de sostener cuando estamos refiriéndonos —insistimos— a una persona jurídica (máxime si tomamos como referencia la ya transcripta definición de “uso” que viene del derecho privado).

Profundizando el análisis, debemos admitir que existen antecedentes de ocupación temporánea de acciones de sociedades (14) (sin

(12) Este dec. 260/2020 amplió la emergencia “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...” (art. 1º).

(13) Cabe indicar que la expropiación de acciones ha sido receptada por la jurisprudencia.

(14) P. ej., el caso de las acciones de Aerolíneas Argentinas. La Ley 26.466 estableció: “Para garantizar la continuidad y seguridad del servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga; el mantenimiento de las fuentes laborales y el resguardo de los bienes de las empresas mencionadas en el art. 1º de la presente ley, en los términos de los arts. 57 y 59 de la ley 21.499, el Poder Ejecutivo nacional, a través del organismo que designe, ejercerá desde el momento de la entrada en vigencia de la presente ley todos los derechos que las acciones a expropiar le confieren” (art. 2º).

perjuicio de que el decreto no se refiere en absoluto a “acciones” o su equivalente, sino a la ocupación temporánea directamente de Vicentín SAIC).

Sin embargo, consideramos que, aún frente a esos antecedentes, e incluso si el decreto hubiera utilizado esa modalidad —cosa que, insistimos, no hizo—, aún en ese caso, se estaría forzando la figura de la ocupación temporánea hasta sacarla de su quicio.

En efecto, entendemos que la noción de “uso” se resiente cuando se la pretende aplicar a una sociedad comercial, la cual —por definición— no es susceptible de uso, al menos en términos técnicos.

## VI. Conclusiones

El desarrollo efectuado nos convence de que la figura de ocupación temporánea anormal utilizada en el dec. 522/2020 no resulta adecuada desde el punto de vista jurídico (15).

(15) Lo mismo entendemos, por cierto, en relación con la noción de “intervención” que el decreto dispone sobre Vicentín SAIC, donde —incluso— observamos una

Consideramos que “ocupar” una “empresa” no resulta aplicable en la realidad y, consecuentemente, escapa a la potestad estatal, a diferencia de lo que sucede en una expropiación típica, donde, en rigor, lo que se expropia no es la empresa en sí —como sujeto de derecho (Ley de Sociedades Comerciales, art. 2º)— sino las acciones o cuotas, etc. de la persona jurídica de que se trate.

Así, la naturaleza de “uso” ínsita en la figura de la ocupación temporánea se resiste a ser aplicada a una sociedad comercial, que, por ser sujeto de derecho, no puede ser “usada” en los hechos.

Por otro lado, entendemos que la invocación de la emergencia en materia sanitaria por COVID-19 es uno de los pilares en que se sustenta el decreto, pero que —por las razones dadas oportunamente— no resulta suficiente como para habilitar la ocupación de referencia.

prístina vulneración de la división de poderes, en tanto dicha figura corresponde, cuando hablamos de empresas privadas, al poder judicial (conforme la Ley de Concursos y Quiebras y los códigos procesales nacional y provinciales).

# El virus de Wuhan y la libertad religiosa

## El aporte de dos decisiones jurisprudenciales extranjeras

Estela B. Sacristán

**Sumario:** I. Introducción.— II. La experiencia francesa y estadounidense.— III. Algunas reflexiones.

### I. Introducción

*Las leyes del miedo* o *Laws of Fear*, en el original en inglés. Vuelvo a tener en mente el título del libro de Sunstein (1), mientras transito, al igual que el lector, el obligatorio aislamiento social y, sobre todo, “preventivo” dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional en Argentina debido al COVID-19 (2). Esa obra es sobre principio precautorio en materia ambiental, pero anida en ella una tesis de más amplio espectro, relevante al momento de escribir estas líneas, cuando ya hemos pasado más de setenta días aislados debido al coronavirus.

Sunstein explica que hay dos versiones del principio precautorio: una débil y una fuerte; la versión débil conlleva que la ausencia de evidencias decisivas sobre el daño no constituye razón para omitir regular; y la versión fuerte de ese principio implica que cuando un accionar plantea riesgos desconocidos, ese accionar debería ser prohibido hasta que las evidencias científicas demuestren que el daño no ocurrirá (3). En suma, prevenir, tomar precauciones, bajo esta versión fuerte del principio precautorio, puede

llevar, entre otros efectos, a la paralización: como no sabemos, lo prohibimos, lo vedamos, lo imposibilitamos. Conocemos ejemplos de épocas de normalidad: recordemos tan solo las prohibiciones municipales de ciertas actividades extractivas, que conducen a que nadie pueda trabajar, en la zona de influencia de ese municipio, en dicha actividad; ese trabajador tendrá que cambiar de actividad o bien pasar a depender de una ayuda estatal y/o sufrir las lógicas consecuencias del desempleo.

Huelga señalar que, en nuestro país, debido al COVID-19, ser nos ha prohibido salir de casa, salvo excepcionalmente. Los efectos pueden ilustrarse con las estadísticas sobre demanda total de energía eléctrica, que ha descendido en forma ostensible (4). Parece claro que el virus ha provocado paralización derivada de la prohibición (salvo las mentadas excepciones).

¿Cómo se creó la escena de miedo? A falta de información relativa a un virus nuevo, este ha sido presentado como generador de un haz de opciones dialécticas, entre las que se destaca la de “vida o muerte” (cuando, en rigor, si algo tenemos por cierto luego de nacer es nuestra finitud física). También se han planteado las op-

(1) SUNSTEIN, Cass R. (2005), “Laws of Fear”, Cambridge University Press, New York.

(2) Dec. 297/2020 (BO 02/03/2020), dictado bajo el art. 99, incs. 1º y 3º, CN.

(3) SUNSTEIN, Cass R. (2005), “Laws of Fear”, Cambridge University Press, New York, ps. 18-19, respectivamente.

(4) Puede verse CAMMESA (2020), “Demanda. Distribuidores y GUMA-GUME. Abril 2020”, Gerencia de Análisis y Control Global, Buenos Aires. Disponible en: <https://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Covid19/Demanda%20Abril%202020.pdf> (último acceso: 01/06/2020).

ciones dialécticas entre salud o trabajo (como si se tratara de opciones excluyentes, cuando en rigor ambas facetas muchas veces se retroalimentan, además, de relacionarse con muchas otras); entre ser un ser social político o ser un ser social económico (como si la vida en sociedad, acatando un ordenamiento jurídico dado, fundado en una emergencia sanitaria, fuera incompatible con el ejercicio pleno de la propia industria o trabajo o con el acceso a elementos de trabajo, como ser libros o colecciones jurídicas en soporte físico). El extremo de la presentación de opciones dialécticas ha llevado incluso a aprovechar la polarización partisana, entre oficialismo y oposición.

La vida —sabemos— no se presenta en forma de dicotomías, con opciones mutuamente excluyentes, dialécticas (5). Antes bien, tenemos libertad de elegir (6) entre más de dos opciones: entre pluralidad de certezas, posibilidades o probabilidades, incertezas, imposibilidades o improbabilidades, entre pluralidad de caminos que se abren (salvo en situaciones de pura compulsión). La disponibilidad de más de dos opciones, a efectos de la toma de decisión, es incluso avizorada según la propia formación, habilidades, conocimiento, educación, información, contextualización.

Más allá del contexto dialéctico que rodeara la decisión de disponer el obligatorio aislamiento social “preventivo” que experimentamos, lo cierto es que, en los hechos, este ha venido a significar serias limitaciones a las libertades. Tal el caso del acceso presencial a celebraciones religiosas

(5) En el sentido de que el término, en una oposición, implica o exige su contrario, su propia negación, oposición dialéctica que conduce a la sublación, expresión creada por Hegel para significar cancelación, preservación o elevación; postura que ha sido pasible de innumerables críticas que pueden verse en AUDI, Robert (1999), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª ed., p. 368.

(6) VEATCH, Henry B. (1962), “Rational Man. A Modern Interpretation of Aristotelean Ethics”, Indianapolis: Liberty Fund, p. 126: “freedom of choice”; POLO, Leonardo (1997), “Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos”, Ed. Aedos - Unión Editorial, Madrid, 2ª ed., p. 66: “[L]a acción abre diversos caminos”; LAGERSPETZ, Eerik (2016), “Social Choice and Democratic Values”, Springer, Basel, p. 432: “The world does not usually provide us with two options only”.

propias del ejercicio de la libertad de culto. Limitaciones que, entre los fieles católicos han incidido o inciden —según el nivel de liberalización que se vaya fijando, dentro de la cambiante dinámica diaria, asociada a la búsqueda y detección de personas contagiadas— en poder asistir en forma física a la celebración de una misa.

Dentro de ese dinamismo, con sus transitorias y cambiantes regulaciones, la Conferencia Episcopal Argentina comunicaba, el 11/05/2020, y con relación a una reunión con el jefe de Gabinete de Ministros, el ministro de Relaciones Exteriores y el secretario de Culto:

“Se ratificó la posibilidad de que los templos estén abiertos para la oración individual, y los sacerdotes puedan recibir, de ser posible de manera previamente acordada, a los fieles que soliciten ayuda y orientación espiritual. Siempre teniendo en cuenta las disposiciones sanitarias.

“En cuanto a la celebración con participación de los fieles, cuando llegue el momento adecuado para las mismas, se acordó ir trabajando en la elaboración de los protocolos litúrgicos y sanitarios correspondientes” (7).

Dentro del universo ínsito en la libertad de culto, asistir a la celebración comunitaria propia de un culto en particular puede ser visualizado como solo una de las tantas actividades que se llevan adelante, incluso en épocas de pandemia, dentro de un determinado culto. En efecto, consideremos, dentro del culto católico, la atención individualizada de fieles; la colaboración en actividades de enseñanza; la difusión de actividades propias del culto por *streaming* y redes sociales, entre otras, para propiciar cercanía espiritual dentro del aislamiento obligatorio (8). Y, lentamente, las restricciones se están flexibilizando, y 12/05/2020, se comunicaba que las

(7) CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2020), “Comunicado de prensa de la Comisión Ejecutiva”, Buenos Aires, 11/05/2020. Disponible en: <https://www.episcopado.org/contenidos.php?id=2452&tipo=unica> (último acceso: 01/06/2020).

(8) Puede verse la enumeración en CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2020), “Comunicado de la Conferencia Episcopal Argentina”, Buenos Aires, 19/03/2020. Disponible en: <https://www.episcopado.org/contenidos.php?id=2377&tipo=unica> (último acceso: 01/06/2020).

iglesias “vuelven a abrir, para rezos individuales, con barbijo y eucaristía en la mano” (9), mas con suspensión de celebraciones con público.

Así las cosas, resulta de interés reparar en cuál ha sido la experiencia en Derecho comparado en la materia. En rigor, el virus de Wuhan ha asolado prácticamente a todo el planeta, con lo que la veda de celebración de misas ha sido y está siendo una de las medidas comprendidas en el aislamiento en diversos países. Por ello, puede recabarse cuál ha sido la experiencia extranjera en materia de celebraciones comunitarias propias del culto, y así se hará en el presente trabajo, en la secc. II, con enfoque en Francia y Estados Unidos. Repasaremos esa experiencia foránea para desentrañar cuáles serían las posibilidades para la celebración de misas en Argentina, a lo cual se dedicará la secc. III, para, finalmente, en la secc. IV, elaborar una síntesis orientativa.

## II. La experiencia francesa y estadounidense

Tanto Francia como Estados Unidos nos han brindado enseñanzas en punto a las regulaciones emitidas por los órganos estatales en el marco del obligatorio aislamiento social “preventivo” enderezado a frenar la propagación del coronavirus.

### II.1. Decisión del Consejo de Estado

En mayo de 2020, Francia, el Consejo de Estado, a través de su juez de *référé*, ordenó al Gobierno que levantara la prohibición general y absoluta de reunión dentro de lugares de culto y ordenó que, en su lugar, dictara medidas estrictamente proporcionadas a los riesgos sanitarios y apropiadas al inicio del desconfinamiento (10).

(9) TÉLAM (2020), “Las iglesias vuelven a abrir, para rezos individuales, con barbijo y eucaristía en mano”, Buenos Aires, 12/05/2020. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202005/462909-iglesia-apertura-barbijo.html> (último acceso: 01/06/2020).

(10) Conseil D'Etat — Statuant au Contentieux, nros. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590, M. W. et autres, Ordonnance du 18 mai 2020. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-rassemblements-dans-les-lieux-de-culte> (último acceso: 01/06/2020) El planteo se registró el 3 y 12/05/2020. Demandaron, al juez de *référé* del Consejo de Estado, requirentes particulares

Oportunamente, el dec. 2020-548 del 11/05/2020 (11), del primer ministro, definió las medidas generales necesarias para hacer frente a la epidemia de COVID-19 dentro del cuadro de estado de urgencia sanitaria. Su art. 10.III previó que mientras dure el confinamiento, todos los establecimientos de cultos iban a estar autorizados para permanecer abiertos, pero se prohíbe toda concentración (*rassemblement*) o reunión en el seno del lugar. Dicho artículo también estableció que las ceremonias funerarias son autorizadas dentro del límite de veinte personas (12). El agravio causado por este artículo motivó la demanda planteada por un conjunto de particulares ante el Consejo de Estado.

Entre otros fundamentos, los particulares demandantes justificaron su interés en accionar; la condición de urgencia originada, primero, en la interdicción total de ejercicio libre, público y comunitario del culto e interdicción de recibir los sacramentos; y, segundo, en el interés que representa la celebración del culto por el conjunto de la sociedad; tercero, el 21/05/2020 ha sido fecha fijada para el Sacramento de la Confirmación en la parroquia; y, cuarto, la importancia de la celebración del culto y de los sacramentos para los católicos; hay una serie de violaciones graves y manifiestamente ilegales a la libertad de culto, a la libertad religiosa, a la libertad de organización del culto por la iglesia católica dentro de los departamentos del Bajo Rin, Alto Rin y la Mosela, a la publicidad del culto y a la libertad de del ejercicio de la práctica religiosa; las disposiciones impugnadas desconocen el art. 1º de la Convención de 26 *messidor* año IX en cuanto restringen el ejer-

identificadas por las iniciales y diversas asociaciones. La audiencia pública se celebró el 15/05/2020.

(11) Décret 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF N.º 0116, 12/05/2020, texte N.º 6. NOR: SSAZ2011695D. ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2020/5/11/SSAZ2011695D/jo/texte>; Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2020/05/11/2020-548/jo/texte>.

(12) Art. 10.III “Les établissements de culte, relevant du type V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit. “Les cérémonies funéraires sont autorisées dans la limite de vingt personnes, y compris dans les lieux mentionnés à l’alinéa précédent”. A su vez, en virtud de art. 18.IV, los establecimientos de tipo V son los establecimientos de cultos.

cicio del culto por un motivo no previsto allí; desconocen el art. 9º de los artículos orgánicos de la Convención de 26 *messidor* año IX en cuanto interfieren con la organización del culto, reservada a competencia exclusiva de los ministros del culto; son posibles los acomodamientos dentro del ejercicio del culto para garantizar tanto el libre ejercicio del culto, la libre práctica religiosa y el respeto a las medidas sanitarias; las disposiciones impugnadas desconocen los arts. 9º y 14 de la Convención Europea de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales operativizando distinciones fundadas en la religión y la creencia.

#### II.1.a. La decisión del juez de *référé*s

El juez de *référé*s (13) recordó que la libertad de culto, que es una libertad fundamental, comporta igualmente, entre sus componentes esenciales, el derecho de participar colectivamente de las ceremonias, en particular dentro de los lugares de culto. Debe, sin embargo, ser reconciliado con el objetivo, de valor constitucional, de protección de la salud (14).

En la orden, el juez notó que son posibles medidas de supervisión menos estrictas que la prohibición de todas las reuniones en lugar de culto

(13) Para una conceptualización de *référé* puede verse: BEM, Anthony (2018), “Les conditions et les effets de la procédure de référé”. Disponible en: <https://www.legavox.fr/blog/maître-anthony-bem/conditions-effets-procedure-refere-2457.htm> (último acceso: 10/06/2020); LE BOT, Olivier (2007), “La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté”, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, Aix-en-Provence, tesis doctoral. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01704108/document> (último acceso: 10/06/2020). TAJTI, Tibor — IGLIKOWSKI, Peter (2018), “A Cross Border Study of Freezing Orders and Provisional Measures”, Cham, Switzerland: Springer, ps. 9-10. El mismo permite ordenar medidas provisionales para hacer cesar un agravio a un derecho o un gravamen manifiestamente ilícito.

(14) Ap. 11: “La liberté du culte présente le caractère d’une liberté fondamentale. Telle qu’elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d’exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l’ordre public. Elle comporté également, parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement, sous la même réserve, à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte. La liberté du culte doit, cependant, être conciliée avec l’objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé”.

bajo el decreto del 11/05/2020, particularmente dada la tolerancia de reuniones de menos de 10 personas en otros lugares abiertos al público en el mismo decreto. Por ende, consideró que la prohibición general y absoluta, presenta un carácter “desproporcionado” con relación al objetivo de preservación de la salud pública y constituye, en consecuencia, a la luz del carácter esencial de ese componente de la libertad de culto, un atentado grave y manifiestamente ilegal sobre esta última (15).

En consecuencia, ordenó al primer ministro que modifique, en el plazo de ocho días, el decreto del 11/05/2020, adoptando medidas estrictamente proporcionadas a los riesgos sanitarios incurridos y apropiadas a las circunstancias de tiempo y lugar aplicables al *debut* del “desconfinamiento”, para enmarcar los *rassemblements* y *réunions* —asambleas y reuniones en el lenguaje constitucional, entiendo— dentro de los establecimientos de culto (16).

#### II.1.b. Aspectos destacables

Puede destacarse, a partir de lo ordenado por el juez de *référé*s y en el marco de análisis de la medida de policía administrativa y la preservación de las libertades públicas, la fundamentación en

(15) Ap. 25: “Dans ces conditions, les requérants sont fondés à soutenir, sans qu’il soit besoin de se prononcer sur leurs autres moyens, que l’interdiction générale et absolue imposée par le III de l’article 10 du décret contesté, de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte, sous la seule réserve des cérémonies funéraires pour lesquels la présence de vingt personnes est admise, présente, en l’état de l’instruction, alors que des mesures d’encadrement moins strictes sont possibles, notamment au regard de la tolérance des rassemblements de moins de 10 personnes dans les lieux publics, un caractère disproportionné au regard de l’objectif de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière”.

(16) “Art. 3º: Il est enjoint au Premier ministre de modifier, dans un délai de huit jours à compter de la notification de la présente ordonnance, en application de l’article L. 3131-15 du code de la santé publique, les dispositions du III de l’article 10 du décret 2020-548 du 11 mai 2020, en prenant les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu applicables en ce début de “déconfinement”, pour encadrer les rassemblements et réunions dans les établissements de culte”.

el principio de proporcionalidad en tanto aplicado a la evaluación de la restricción. Se trata de una proporcionalidad en cuya evaluación —a la luz del decisorio— incide la confrontación con aspectos concretos, cuantificables, de otras restricciones imperantes al tiempo de vigencia de la prohibición impugnada y que apunta a detectar la resultante proporción o desproporción con el objetivo de preservar la salud pública. La verificación de esa proporcionalidad excluye aspectos de oportunidad, y se percibe como una proporcionalidad estricta (17). Por medio de su utilización se concluyó en la “desproporción” de la interdicción dispuesta durante el desconfinamiento.

También sobresale la imposición del breve plazo de ocho días para la modificación ordenada y ello se condice con la amplitud de efectos de la reglamentación impugnada, que comprende a todos los lugares de culto de todos los cultos (iglesias, sinagogas, mezquitas, entre otras), sin perjuicio de que, en el seno de cada uno, se han ido adoptando actitudes de prudencia respecto de las regulaciones en el marco de la situación de emergencia generada por la pandemia.

Por último, desde el punto de vista del lenguaje, en la orden se alude a asambleas y reuniones, que es tal vez la expresión más genérica para abarcar las diferentes celebraciones (misas, servicios, etc.) con coincidencia de pluralidad de personas en un mismo lugar de culto, más allá de las misas propias de la religión católica. Ello es indicativo de los efectos de la decisión, que atraviesa los distintos cultos que se hallaban sometidos a la restricción, independientemente de que las asociaciones peticionantes fueran cristianas.

## II.2. Decisión de la Corte Suprema estadounidense

Los antecedentes del caso fallado por la Corte Suprema estadounidense también se hallan

(17) Puede recordarse que el Consejo de Estado jamás revisa los aspectos de oportunidad; ampliar en DEBASCH, Charles (1998), “Institutions et droit administratifs”, Presses Universitaires de France, París, 4ª ed. refundue, t. 2, p. 133. Acerca de la proporcionalidad estricta, como “consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar”, se sigue CIANCIARDO, Juan (2003), “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, ED 185, ps. 898-913.

inmersos en la crisis del COVID-19 y sus efectos sobre la salud (18). Cabe apuntar que, pocos días antes del decisorio, el presidente Trump había instado a los gobernadores a reabrir los lugares de culto, caracterizando a estos como “servicio esencial”. Pero el gobernador de California adoptó un parecer diverso ante el COVID-19.

El estado de California, en el marco de las reglamentaciones sobre pandemia y servicios religiosos, procedió a limitar la concurrencia a estos fijando un doble tope: 25% de la capacidad edilicia o 100 personas presentes, cualquiera fuere el que resultare menor. De este modo, se fijó, arbitrariamente, un doble *cap* a la asistencia, concurrencia o participación física, presencial, a esos servicios. A la época en que el caso estaba radicado ante la Corte Suprema, solo dos actividades se hallaban sujetas a un tope: los comercios minoristas (con tope del 50%) y los lugares de culto (con el tope impugnado del 25%); en cambio, las oficinas, fábricas, lugares donde se envasan los alimentos, museos y demás sectores no se hallaban sujetos a tope alguno (19).

La South Bay United Pentecostal Church o SBUPC —la Iglesia Unida Pentecostal de South Bay— está ubicada en Chula Vista, California; y sus servicios normalmente reúnen entre 200 y 300 personas en un ámbito físico que cuenta con 600 asientos (20). La citada iglesia pentecostal solicitó una medida cautelar tendiente a la suspensión de la aplicación del tope del 25% de ocupación en los servicios religiosos (21). La clara cuestión constitucional anidaba en que ese tope se fijaba sobre esa clase de servicios, pero

(18) Se trata de “South Bay United Pentecostal Church, et al. vs. Gavin Newsom, Governor of California, et al., on application for injunctive relief”, 29/05/2020; 590 U.S. (2020). Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044\\_pok0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf) (último acceso: 09/06/2020).

(19) *Idem* nro. 17.

(20) “Supplemental Brief in Support of Emergency Application for Writ of Injunctive Relief Requested by Sunday”, 31/05/2020, p. 2. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19A1044/144227/20200526154016842\\_Supplemental%20Brief%20iso%20Emergency%20Application.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19A1044/144227/20200526154016842_Supplemental%20Brief%20iso%20Emergency%20Application.pdf) (último acceso: 08/06/2020).

(21) Ello surge de la disidencia, párr.4º.

no respecto de otras ocupaciones o negocios seculares “comparables”.

La solicitud de medida cautelar fue denegada por una ajustada mayoría (*Justices* Roberts, Ginsburg, Breyer, Kagan y Sotomayor), que se impuso sobre la minoría que propició el otorgamiento de la medida (*Justices* Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh).

Por la mayoría se produjo solo un voto concurrente fundado muy breve (redactado por Roberts, presumiblemente después de haberse producido la disidencia de Kavanaugh). Y por la disidencia se produjo un solo voto disidente fundado (redactado por Kavanaugh, al cual adhirieron solo dos jueces: Thomas y Gorsuch).

### II.2.a. Voto del *Justice* Roberts

El voto concurrente Roberts comenzó recordando que el tipo de medida cautelar solicitada (*injunction*) requiere mayor justificación e involucra el ejercicio de una potestad empleada cuando los derechos en cuestión son “indiscutiblemente claros” e incluso en esos supuestos, muy de tanto en tanto y solo en las circunstancias más críticas y exigentes. Y a los fines de fundar la improbabilidad de que haya habido una “clara inconstitucionalidad” acudió a argumentos de (i) comparabilidad, (ii) opinabilidad, (iii) deferencia por el órgano especializado sumada a elección por votación y responsabilidad (*accountability*), y (iv) carácter interlocutorio del planteo.

De tal modo, razonó en el sentido de que: (i) se aplican restricciones similares o más severas en reuniones seculares “comparables” (conferencias, conciertos, exhibición de películas, deportes con espectadores y obras de teatro, donde los espectadores se reúnen en forma muy próxima por largos lapsos de tiempo), y se exceptúan o se tratan en forma más leve solo actividades “diferentes” (almacenes, bancos y lavaderos automáticos, en actividad, en los que la gente ni se congrega en grandes grupos ni permanece en forma muy próxima por largos lapsos de tiempo); (ii) la cuestión de cuándo deberían ser levantadas las restricciones durante la pandemia es un asunto dinámico y fácticamente intenso sujeto a “razonable desacuerdo”; (iii) la Constitución, en lo principal, atribuye la seguridad

y salud de la gente a los funcionarios estatales políticamente responsables y cuando ellos asumen actuar en áreas plagadas de incertezas médicas y científicas, su latitud tiene que ser especialmente amplia; mientras no se sobrepasen esos límites, no deberían estar sujetos a tanteos por parte de una rama judicial federal no elegida por votación (*unelected*), carente de los antecedentes, habilidades y conocimiento especializado para evaluar la salud pública, y que no responde ante el pueblo; (iv) ello es más cierto cuando la protección cautelar de emergencia se intenta desde una postura interlocutoria mientras los funcionarios locales están, en la tierra, modelando activamente su reacción ante los cambiantes hechos.

### II.2.b. Disidencia del *Justice* Kavanaugh

En cambio, la disidencia de Kavanaugh reparó en que la iglesia peticionante solo quiere ser tratada en términos de igualdad respecto de los comercios seculares comparables. En la disidencia se acudió a dos series de argumentos: (i) la comparación y discriminación resultante; (ii) la no acreditación, por el Estado, del interés imperativo que justificaba la medida.

Específicamente, la disidencia reparó en que hay negocios seculares “comparables” exceptuados del tope del 25%; la religión no puede constituir base para la clasificación a efectos de deberes, sanciones, privilegios o beneficios, y la discriminación en contra de la religión está reñida con la Constitución, violándose la Primera Enmienda. En punto a las exigencias probatorias, señaló que la discriminación tiene que estar justificada por un “interés estatal imperativo” ajustado a la promoción de ese interés, y la carga de la prueba de ese interés estatal imperativo pesa sobre el Estado; las restricciones inexplicablemente aplicadas a un grupo y no a otros poco ayudan a cumplir los objetivos y mucho pesan como carga sobre la libertad religiosa; lo que el Estado necesita es una justificación imperativa a efectos de distinguir entre servicios de culto religioso y una letanía de otros negocios seculares que no están sujetos al tope de ocupación, y California no ha demostrado tal justificación.

A mayor abundamiento, en la disidencia se mencionó el argumento de que el Estado asume lo peor cuando la gente va al culto, pero asume

lo mejor cuando la gente va a trabajar o desarrolla el resto de su vida diaria en ámbitos sociales permitidos. Y se agregó que hay pluralidad de medidas que podrían adoptarse sin discriminar en contra de la religión; no se puede ser más permisivo con los supermercados, restaurantes, fábricas y oficinas al tiempo que se imponen recaudos más estrictos en los lugares de culto; el Estado tiene espacio para fijar límites especialmente en la emergencia, pero con la restricción clave de no poder discriminar en contra de una religión; en suma, el tope del 25% a la ocupación en servicios de culto religioso indiscutiblemente discrimina contra la religión y la Iglesia peticionante sufrirá un gravamen irreparable originado en no poder celebrar servicios el Domingo de Pentecostés en una forma comparable con la forma en que conducen sus actividades los negocios seculares y las personas.

### II.2.c. Aspectos particulares: comparabilidad

El hilo conductor, entre el voto del *Justice Roberts* y la disidencia del *Justice Kavanaugh* radica, en lo principal, en la “comparabilidad”, v.gr., en la cualidad de ser pasible de comparación. Roberts comparó el *cap* del 25% aplicado a la Iglesia Pentecostal con (i) reuniones propias de conferencias, conciertos, exhibiciones cinematográficas, deportes con espectadores y obras de teatro, sujetas a restricciones similares o más severas, y (ii) actividades sujetas a restricciones más leves o directamente exceptuadas, como almacenes, bancos y lavaderos automáticos (22). En cambio, Kavanaugh comparó ese *cap* con (i) la inexistencia de *cap* o tope de ocupación respecto de fábricas, oficinas, supermercados, restaurantes, comercios minoristas, farmacias, paseos de compras, veterinarias, librerías, floristas, peluquerías y locales de venta de *cannabis*. La diversidad de enfoques radica, entiendo, en el “horizonte” de comparación (23).

(22) Párr. 6º.

(23) Ello conduce a apreciar la construcción de las categorías de actividades no ya hacia adentro, sino hacia fuera, en el sentido sobre el cual enseña GELLI, “Constitución de la Nación argentina comentada y concordada”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. 1, ps. 572-573. Ello permite centrar la mirada en el criterio de diferenciación de la categoría (de actividad) misma: ¿qué fundamenta, así prohibir

En el voto del *Justice Roberts* confluyen diversos horizontes de comparación pues no hay un *benchmark* o mojón único: la muestra a efectos de las comparaciones (enumeradas en el párrafo precedente bajo [i] y [ii]) no se presentan como homogéneas con lo que no hay un marco de referencia único. Ello pues se advierte que dicho voto toma en cuenta actividades sujetas a mayores, menores o ninguna restricción, con menos o más concurrentes o tal vez ninguno, en lugares abiertos, semiabiertos o cerrados, lugares donde los concurrentes permanecen sentados o permanecen de pie o cambiando de tanto en tanto de postura, eventos de mayor o menor duración horaria, etcétera.

El enfoque adoptado en este voto posee la virtualidad de dificultar, si no impedir, la comparación pues no se está ante una, sino antes múltiples variables de comparación o múltiples marcos de referencia no explicitados (24).

En cambio, el *Justice Kavanaugh* devela un horizonte de comparación de tinte binario: actividades sujetas a tope ocupacional, y actividades libres de ese tope. De este modo, compara la situación de la iglesia peticionante, sujeta al *cap* del 25%, en tanto contrastada con actividades no sujetas a tope ocupacional alguno, y remarca la ausencia de justificación de aquella limitación dispuesta por California, que aqueja a esa iglesia.

### II.2.d. Aspectos particulares: federalismo

En el voto del juez Roberts, no se llega a ahondar en los detalles de la comparabilidad; antes bien, se introduce, en la línea argumentativa —y entre otros fundamentos, que incluyen el célebre caso de las vacunas (25)— la cita de *San Anto-*

asistir por treinta minutos a una celebración religiosa, y permitir libremente estar treinta minutos efectuando compras dentro de una farmacia o supermercado o esperando que concluya el lavado y centrifugado de la ropa en el lavadero común de un edificio de departamentos?, me pregunto.

(24) Puede ampliarse en: WALK, Kerry (1998), “How to Write a Comparative Analysis”, Writing Center at Harvard University. Disponible en: <https://writingcenter.fas.harvard.edu/pages/how-write-comparative-analysis> (último acceso: 10/06/2020).

(25) “Jacobson vs. Massachusetts”, 197 U.S. 11 (1905).

nio (26), que es un importante fallo que inició la actual corriente jurisprudencial sobre federalismo, superadora de la etapa anterior, liderada por Usery (27).

En *García* se discutía la aplicabilidad, a nivel estadual, de una ley sancionada por el Congreso federal (28) y es un fallo que derogó *Usery* por resultar impracticables sus criterios. Fue en *García* que el *Justice* Blackmun afirmó que no son los tribunales sino el proceso político el que debería ser responsable por el mantenimiento de los principios del federalismo. Ello resulta lógico, en especial si se considera la representación de cada uno de los estados mediante los senadores y del pueblo mediante los diputados en el seno del Congreso nacional.

Sentado ello, se advierte que la cita de *García*, en el voto del *Justice* Roberts, es breve, densa e inexplicable. Su introducción involucra varios capítulos del Derecho constitucional y administrativo: (i) la no elección por votación de los jueces de la rama judicial federal de gobierno; (ii) la ausencia de responsabilidad o *accountability* de esos jueces ante el pueblo; (iii) la amplitud de los bordes de la competencia de los funcionarios; (iv) la irrevisibilidad judicial cuando no se exceden esos límites; (v) los antecedentes, habilidades y conocimiento especializado de esos funcionarios para decisiones de salud pública. Pero *García* versaba sobre la actitud interpretativa de los jueces de la Corte Suprema en el análisis de una ley sancionada por el Congreso federal, y allí pesaba una actitud de autorrestricción judicial del máximo Tribunal ante la autonomía de cada estado. En cambio, en el caso de la Iglesia Pentecostal se estaba ante el análisis de las restricciones impuestas por el gobernador demandado, de signo político opuesto al del Presidente de Estados Unidos.

(26) “*García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*”, 469 U.S. 528 (1985).

(27) “*National League of Cities vs. Usery*”, 426 U.S. 833 (1976).

(28) “Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an ‘unelected federal judiciary’, which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people. See ‘*García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*’, 469 U.S. 528, 545 (1985)”

Así las cosas, de la pluma del *Justice* Roberts y mediante esa interpolación parece advertirse una doctrina de deferencia de la Corte Suprema hacia las decisiones de los gobiernos locales estadales o, en síntesis, una suerte de doctrina de la deferencia “federal” (29) hacia la decisión del poder administrador local estadual. En virtud de ella, el poder político estadual puede fijar parcelas de actividades con sus respectivas restricciones (o sin restricciones) sin que sea necesario (por deferencia federal, diríamos) ahondar en los múltiples detalles que vimos en el acápite precedente, sobre comparabilidad. A todo evento, tal solución armoniza con el marcado federalismo estadounidense, que no es comparable al argentino dadas las asimetrías ya conocidas sobre dictado de códigos de fondo, régimen tributario y coparticipación, entre otros aspectos relevantes (30).

(29) Esta suerte de deferencia expresada en el voto del *Justice* Roberts tiene que ser diferenciada de la doctrina de la Corte Suprema estadounidense consagrada en “*Chevron, USA, Inc. v/ NRDC*”, 467 US 837 (1984), sobre la cual puede ampliarse en: *García de Enterría, Eduardo* (1998) “Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), “Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 1271-1295; BIANCHI, Alberto B. (2009), “El control judicial bajo la doctrina de la deferencia”, en AA.VV., *Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*, Ed. Rap, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ps. 583-634; PÉREZ ALONSO, Jorge (2011), “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 184, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, ps. 325-348; ORTIZ, Daniel R. — AZZARRI, Juan Cruz (2012), “Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina”, *El Derecho - Administrativo*, vol. 2012, Ed. Universitas, Buenos Aires, ps. 479-487; CASSAGNE, Juan Carlos (2016), “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Ed. Bdf, Montevideo, 2ª ed. actualizada, ps. 273-274.

(30) Así, se ha señalado que, en nuestro país, “los Gobernadores en general responden a las directivas políticas del Presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales”, conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. (2015), “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* (separata), Buenos Aires, p. 10. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/FILES/Hernández-D-15.pdf> (último acceso: 10/06/2020).

### III. Algunas reflexiones

#### III.1. Una visión desde “*Carolene Products*”

Al leer las dos decisiones que motivan estas, resulta inevitable traer a colación el precedente de la Corte Suprema estadounidense “*Carolene Products*” (31), con su célebre nota al pie 4, que expresa:

“Puede haber un margen más restringido para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece caer, en forma patente, dentro de una prohibición constitucional, como las de las diez primeras enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se sostiene que quedan incluidas en la Enmienda XIV [...]” (32).

“No es necesario examinar, en este momento, si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que traigan aparejada la derogación de legislación indeseable, tiene que ser sometida a un escrutinio judicial más estricto de conformidad con las prohibiciones generales de la Enmienda XIV que aquel al que está sometida la mayoría de los otros tipos de legislación. En materia de restric-

(31) “United States vs. *Carolene Products Co.*,” 304 U.S. 144 (1938). En el mismo se discutía la constitucionalidad de la ley federal sobre filled milk o leche compensada de 1923, la cual prohibía el tráfico interestadual de leche desnatada combinada con cualquier grasa o aceite que no fuera grasa láctea tal que semejara leche o crema. La sección 62 de esa ley declaraba que la leche compensada era un alimento adulterado, dañoso hacia la salud pública, y su venta constituía un engaño o defraudación hacia el público. La compañía *Carolene Products* fue denunciada por comercio interestadual de Milnut, una leche desnatada combinada con aceite de coco para semejar leche entera o crema. La empresa argüía que el gobierno federal carecía de competencia para el dictado de esa ley tanto bajo la cláusula del comercio como bajo la cláusula del debido proceso o Enmienda V. La Corte Suprema estadounidense, con opinión redactada por el Justice Harlan Fiske Stone, falló a favor de la constitucionalidad de la ley.

(32) “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See ‘*Stromberg vs. California*,’ 283 U.S. 359, 283 U.S. 369-370; ‘*Lovell vs. Griffin*,’ 303 U.S. 444, 303 U.S. 452”.

ciones al derecho de voto, ver [...]; en materia de restricciones a la diseminación de información [...]; en materia de interferencias con las organizaciones políticas, ver [...]; en cuanto a prohibición de asambleas pacíficas, ver [...]” (33).

“Tampoco es necesario que examinemos si consideraciones similares influyen en la revisión de leyes dirigidas a, en particular, minorías religiosas [...], o nacionales [...], o raciales [...]; si el perjuicio contra las minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente se confía para la protección de las minorías, y que pueden, en consecuencia, reclamar una supervisión judicial más inquisitiva [...]” (34).

¿Qué dice, a efectos del presente, la célebre cuarta nota al pie de página de “*Carolene Products*,” fallo con el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se halla familiariza-

(33) “It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see ‘*Nixon vs. Herndon*,’ 273 U.S. 536; ‘*Nixon vs. Condon*,’ 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see ‘*Near vs. Minnesota ex rel. Olson*,’ 283 U.S. 697, 283 U.S. 713-714, 283 U.S. 718-720, 283 U.S. 722; ‘*Grosjean vs. American Press Co.*,’ 297 U.S. 233; ‘*Lovell vs. Griffin*,’ supra; on interferences with political organizations, see ‘*Stromberg vs. California*,’ supra, 283 U.S. 369; ‘*Fiske vs. Kansas*,’ 274 U.S. 380; ‘*Whitney vs. California*,’ 274 U.S. 357, 274 U.S. 373-378; ‘*Herndon vs. Lowry*,’ 301 U.S. 242, and see *HOLMES, J.*, in ‘*Gitlow vs. New York*,’ 268 U.S. 652, 268 U.S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see ‘*De Jonge vs. Oregon*,’ 299 U.S. 353, 299 U.S. 365”.

(34) “Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, ‘*Pierce vs. Society of Sisters*,’ 268 U.S. 510, or national, ‘*Meyer vs. Nebraska*,’ 262 U.S. 390; ‘*Bartels vs. Iowa*,’ 262 U.S. 404; ‘*Farrington vs. Tokushige*,’ 273 U.S. 284, or racial minorities, ‘*Nixon vs. Herndon*,’ supra; ‘*Nixon vs. Condon*,’ supra; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U.S. Maryland, 4 Wheat. 316, 17 U.S. 428; ‘*South Carolina vs. Barnwell Bros.*,’ 303 U.S. 177, 303 U.S. 184, n 2, and cases cited”.

da? (35). A primera vista, vemos en esa nota al pie tres párrafos:

El primer párrafo está centrado en el *Bill of Rights* o declaración de derechos y nos dice cuánto decae la presunción de constitucionalidad. Este establece una línea divisoria: (i) libertades (y consecuentes prohibiciones) comprendidas en las diez primeras enmiendas, y (ii) demás libertades (y consecuentes prohibiciones). A partir de ello, ulteriores estudios han permitido que la doctrina interpretara que se estaban erigiendo dos grupos o universos de libertades: por un lado, las relativas a los derechos individuales, y, por el otro, las libertades económicas. Generadoras, ellas, de diversos grados de escrutinio judicial: más estricto respecto de leyes que hacen a las primeras; menos estricto en el supuesto de leyes que hacen a las segundas. Las restricciones consideradas en las dos decisiones que motivan estas líneas involucran a la libertad religiosa, por

(35) La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha reparado tanto en el fallo “Carolene Products”, como en sus enseñanzas, en especial la relativa a las clasificaciones sospechosas. Ver “C. H. A.”, CS, Fallos: 314: 1531, del 22/11/1991, donde las categorías discretas e insulares aparecieron en el voto del Dr. Boggiano, consid. 12, primer párrafo, y “Carolene Products” apareció citado en la disidencia del Dr. Fayt, consid. 11. Puede verse jurisprudencia posterior, ejemplificable mediante: “Hooft”, CS, Fallos: 327:5118, del 16/11/2004; “Gottschau”, CS, Fallos: 329:2986, del 08/08/2006; “R., A. D.”, CS, Fallos: 330: 3853, del 04/09/2007, voto de los Dres. Petracchi y Argibay, consid. 11, segundo párrafo; “Mantecón”, Fallos 331:1715, del 12/08/2008; “Partido Nuevo Triunfo”, CS, Fallos: 332: 433, del 17/03/2009, consid. 6º; “Castillo”, CS, Fallos: 340:1795, del 12/12/2017, consid. 18, primer párrafo, in fine; entre otros. Opinable, en cambio, resulta la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina que cita “Carolene Products” en casos de responsabilidad del Estado y ajenos, por ende, a su radio de aplicabilidad: ver “Friar SA c. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca - SENASA s/ daños y perjuicios”, CS, Fallos: 329: 3966, del 26/09/2006, en el cual, en lugar de citarse “Carolene Products”, tendría que haberse reparado en el antiguo “Mugler vs. Kansas”, 123 U.S. 623 (1887), que fuera posteriormente derogado; aspecto en punto al cual nos permitimos remitir a SACRISTÁN, Estela B. (2013), “Las expropiaciones de fuente regulatoria (‘regulatory takings’). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, en Juan Carlos CASSAGNE (dir.) Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 85, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 67-90, esp. ps. 74-75.

lo que estarían alcanzadas por el debilitamiento de la presunción de constitucionalidad.

Los párrafos segundo y tercero inducen a un escrutinio judicial más severo cuando la ley interfiere con los procesos políticos o afecte derechos de minorías discretas e insulares. Ello nos coloca ante un supuesto protector de la democracia, y ante otro supuesto en el que los mecanismos de la democracia no son de confiar. Este último supuesto, contenido en el párrafo tercero, es de profunda relevancia pues involucra leyes, que discriminan en razón de la religión, nacionalidad, raza, etc., y que están inmersas en un medio en el que las minorías resultantes no pueden recurrir a los procesos políticos. Específicamente:

El segundo párrafo se refiere al supuesto de leyes que restringen el proceso político que podría culminar con la derogación de leyes indeseables (tales como las que limitan el derecho a votar, la diseminación de información, interfieren con las organizaciones políticas, prohíben asambleas pacíficas). Serían leyes que limitan o impiden el proceso político. Aquí también se sugiere un escrutinio judicial más severo (*more exacting*). A la luz de estos extremos, restricciones como las que motivan estas líneas serían posibles de ese escrutinio más severo por afectar en forma grave las reuniones y asambleas propias de la celebración (presencial, comunitaria) en el lugar de culto.

El tercer párrafo se refiere a leyes que discriminan contra minorías “discretas e insulares”, esto es, individualizadas y aisladas. Se impondrá un escrutinio judicial más inquisitivo (*more searching*) cuando el perjuicio contra esas minorías, así caracterizadas, debiliten “el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente se confía para la protección de las minorías, y que pueden, en consecuencia, reclamar una supervisión judicial más inquisitiva”. En otras palabras, se exige un examen más severo de la ley cuando no se puede confiar en el proceso político, como ser, cuando, por ej., esa minoría carece de suficiente presencia o poder para conseguir amparo en el marco del proceso político legislativo. De tal modo, el tercer párrafo presupone: (i) que hay mayorías y minorías a las cuales la ley puede estar dirigida; (ii) que hay, entre estas últimas, minorías caracterizadas por

ser “discretas e insulares” y que no pueden obtener protección por sí mediante el proceso político. Aquí es donde la legislación, el legislador, la ley han “recortado” una porción de la sociedad. En otras palabras, el legislador habrá: (i) determinado o presupuesto un género; (ii) fijado, dentro de ese género, una clase; (iii) considerado que esa clase merece trato específico; (iv) reglado para esa clase (establecido, por ej., una carga sobre ella); (v) convertido a esa clase en “sospechosa”, por lo que la ley será objeto de un escrutinio más elevado en la medida en que haya habido perjuicio. A la luz de los dos casos aquí comentados, puede decirse que el escrutinio judicial más severo tendría que recaer en el análisis de restricciones que afectan en forma clara a los fieles que tienen vedada total o parcialmente (prohibición total de reuniones y asambleas en lugares de culto en Francia; *cap* ocupacional y tope numérico en California) la presencia en celebraciones religiosas comunitarias, los cuales integran una categoría sospechosa en tanto confrontados y contrastados con quienes realizan otras actividades (como ser acudir al supermercado). En suma, la respectiva restricción tiene que ser objeto de una “supervisión judicial más inquisitiva” (36).

En una hipótesis de mínima, y a la luz de “Carolene Products”, los casos que aquí anotamos permiten avizorar la inconstitucionalidad de las restricciones involucradas en aquellos pues involucran la libertad, básica, religiosa.

Sin embargo, podría argüirse que “Carolene Products” no es aplicable en tiempos de emergencia sanitaria. Ahora, puede puntualizarse que tal argumentación se desvanece a poco que se advierte que la emergencia —con todo su despliegue de poder de policía, en este caso, sanitaria— tiene vedado extinguir o eliminar derechos; puede, sí, en todo caso, limitarlos razo-

(36) Resulta de ineludible consulta GELLI, “Constitución de la Nación argentina comentada y concordada”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. 1, ps. 572-573, donde, con todo tino, diferencia, a efectos de las pautas de razonabilidad en materia de igualdad, entre la igualdad “hacia adentro” de la categoría involucrada, y la igualdad de cara al “criterio de diferenciación de la categoría misma”, y se explyea sobre la intensidad del control judicial según se esté o no ante una categoría construida sobre un criterio sospechoso.

nablemente bajo las exigencias del art. 28, CN, en vistas del objetivo sanitario previsto. Y esa razonabilidad obliga a tender la mirada hacia otras restricciones vigentes para compararlas y formarse un juicio de proporcionalidad o, al menos, de congruencia o coherencia mínima.

Va de suyo que la concentración de poder en la rama ejecutiva, propia de la urgencia con la que parecen tener que dictarse las medidas —siempre provisionales— durante una emergencia (sanitaria, en la especie) coloca a porciones de la comunidad en un ámbito de la desprotección por parte de los procesos legislativos más democráticos por su carácter colegiado (v.gr., por parte de la actuación de las legislaturas), y esa es, precisamente, la zona que más clama por un mayor escrutinio judicial.

### III.2. El hilo conductor entre las decisiones (37)

Respecto de las dos decisiones aquí reseñadas, el hilo conductor entre las dos decisiones que motivan estas líneas es, en lo constitucional, la afectación a la libertad religiosa, y, en lo metodológico, la comparación con otras actividades restringidas y sus particularidades. El juez *de référés* apela a la comparación y contraste de guarismos, con sustento en la idea de proporcionalidad: si se han permitido reuniones de hasta 10 personas en lugares públicos, no hay razón para imponer una regla más estricta respecto de los lugares dedicados al culto. En cambio, la Corte Suprema estadounidense, por mayoría, acude a la comparabilidad sin reparar en la heterogeneidad de lo que se compara y, con apoyo en una actitud de deferencia hacia la decisión del gobierno estadual, deniega la medida cautelar solicitada.

¿Qué alternativas presentan para la actual situación que se vive en nuestro país, en el caso de los católicos, bajo la veda de celebración de misas presenciales derivada del aislamiento social preventivo y obligatorio?

El *statu quo* existente entre nosotros, en las jurisdicciones sujetas al aislamiento, implica que no se puede celebrar la misa para los católicos,

(37) Agradezco al P. Pedro María Reyes Vizcaíno la valiosa bibliografía que me facilitara a los fines de esta sección.

ni las demás ceremonias presenciales comunitarias propias de otros cultos, en los lugares consagrados al efecto. El aislamiento social entonces es, *prima facie*, aislamiento entre fieles y celebrantes por la veda de celebración de misas. Empero, ello no impide que los sacerdotes celebren la Santa Misa diariamente, sin presencia de los fieles, y lo hacen no por obligación sino en virtud del respeto a la recomendación oportunamente formulada en tal sentido (38).

Por hipótesis, en el marco de aislamiento, un fiel católico podría aspirar a solicitar a un sacerdote que celebre una “misa privada,” en el domicilio donde aquel reside con su familia durante el aislamiento social preventivo, para que participen de ella el solicitante mismo, su familia y e incluso, tal vez, los trabajadores bajo su dependencia en la medida en que transcurran la cuarentena en el domicilio de aquel. Sin embargo, no existe una “misa privada” (39), ni para épocas de normalidad ni de emergencia sanitaria. Ello pues, en rigor, la celebración eucarística tiene que hacerse, en principio, en un “lugar sagrado” (40), con lo que no se la podría celebrar en una residencia particular.

(38) Cabe remitir a todas las fuentes enumeradas en CONGREGACIÓN PARA EL CLERO (2013), “La celebración diaria de la Santa Misa incluso sin la presencia de fieles”, Documentos de la Congregación para el Clero, 12/08/2013, apart. 1°. Disponible en: <http://www.vidasacerdotal.org/index.php/otros-documentos/congr-para-el-clero/516-la-celebracion-diaria-de-la-santa-misa-incluso-sin-la-presencia-de-fieles.html> (último acceso: 10/06/2020).

(39) WEIGEL, George (2020), “Carta abierta a los sacerdotes de la iglesia católica (pastoral de los sacerdotes en tiempo de pandemia)”, Sacerdotes en las encrucijadas de una época, 04/05/2020, traducción de Pablo CERVERA BARRANCO. Disponible en: <http://www.vidasacerdotal.org/index.php/sacerdotes-actuales/sacerdotes-en-las-encrucijadas-de-una-epoca/642-carta-abierta-a-los-sacerdotes-de-la-iglesia-catolica-pastoral-de-los-sacerdotes-en-tiempo-de-pandemia.html> (último acceso: 10/06/2020). CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS (s/f), “Redemptionis Sacramentum, Instrucción. Sobre algunas cosas que se deben observar o evitar acerca de la Santísima Eucaristía”, cap. V, § 110. Disponible en: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccdds/documents/rc\\_con\\_ccdds\\_doc\\_20040423\\_redemptionis-sacramentum\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccdds/documents/rc_con_ccdds_doc_20040423_redemptionis-sacramentum_sp.html) (último acceso: 10/06/2020).

(40) CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS (s/ f), “Redemp-

La excepción a esta regla, que exige la celebración de la misa en “lugar sagrado”, es un supuesto de “necesidad” calificada. En efecto, en la medida en que se trate de una necesidad “que exija otra cosa” (41), podría, por hipótesis concretarse una celebración a ser realizada no en un lugar sagrado sino “en un lugar digno” (42). La decisión respecto de la verificación del supuesto de necesidad del caso se hallará a cargo del Obispo diocesano para su diócesis. De todo ello se infiere que la celebración de la misa, en un domicilio particular, es solo posible en la medida en que se cumplan los recaudos reseñados. Por ende, no está prohibida sino permitida, más sujeta a esos requisitos.

Ahora, si esos recaudos no se verificaren y no se pudiera aplicar el régimen excepcional previsto, y a la luz de las decisiones repasadas antes, podrían postularse diversas alternativas.

### III.2.a. Actividad esencial

Una solución podría transitar la posibilidad de declarar que la celebración de la misa, entre los católicos, y la celebración de las reuniones comunitarias de los demás cultos reconocidos oficialmente, en forma presencial, en los lugares consagrados o habilitados al efecto, constituyen actividad esencial.

Vale la pena recordar antecedentes por los que fue declarada actividad esencial la actividad estatal (43); se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas

tionis Sacramentum, Instrucción. Sobre algunas cosas que se deben observar o evitar acerca de la Santísima Eucaristía”, cap. V, § 108. Disponible en: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccdds/documents/rc\\_con\\_ccdds\\_doc\\_20040423\\_redemptionis-sacramentum\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccdds/documents/rc_con_ccdds_doc_20040423_redemptionis-sacramentum_sp.html) (último acceso: 10/06/2020): “La celebración eucarística se ha de hacer en lugar sagrado, a no ser que, en un caso particular, la necesidad exija otra cosa; en este caso, la celebración debe realizarse en un lugar digno”. [Se cita Código de Derecho Canónico, c. 932 § 1; cf. S. Congr. Cutlo Divino, Instr., Liturgicae instaurationes, n. 9: AAS 62 (1970) p. 701]. De la necesidad del caso juzgará, habitualmente, el Obispo diocesano para su diócesis”.

(41) Idem nota 29.

(42) Idem nota 29.

(43) Ley 25.587, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, art. 9°.

y el control del tráfico aéreo (44); hay actividades esenciales portuarias (45) y mineras (46); se han considerado en pie de igualdad actividades esenciales y servicios públicos (47); y fue oportunamente declarado esencial el servicio atinente a la salud (48); sin perjuicio de la mención de servicios esenciales en la ley de Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19 (49).

Pero esa declaración de actividad esencial podría abrir demasiado las puertas de los centros de culto, agravando el bien salud pública, que se tiene que proteger en el marco de la pandemia.

En este punto, recordemos que la decisión del juez de *référé*s no implicó ordenar la apertura de los lugares de culto a los fines de las celebraciones presenciales comunitarias. Antes bien, a la luz de la permisión de otras actividades con hasta 10 (diez) presentes, declaró la ilegalidad y ordenó la modificación de la prohibición absoluta por desproporcionada con el fin de salud pública perseguido y violatoria de la libertad religiosa.

### III.2.b. Otras alternativas

Ahora, más allá de la prohibición absoluta y una hipotética restricción ajustada a diez personas presentes durante una celebración en el lugar de culto, puede haber diversos matices.

En la medida en que la decisión general sea del órgano competente (federal), y mientras sea dispuesta por la ley (formal o material), con el menor alcance posible (sin eliminar la libertad religiosa), proporcionales o realmente exigidas por el cuidado de la salud pública, sin poner en conflicto los derechos sino buscando garantizar en la mayor medida posible el goce de cada uno de ellos, y sin discriminar ni directa ni indirectamente,

(44) Ley 25.877 de Régimen Laboral, art. 24.

(45) Ley 24.093 de Actividades Portuarias, art. 23.d).

(46) Ley 22.259, Código de Minería, art. 435, c.4.

(47) Ley 16.986 de Acción de Amparo, art. 2º c).

(48) Ley 22.269, de Obras Sociales, exposición de motivos, consid. 13.

(49) Ley 27.548, arts. 1º, 2º y 7º.

tamente, como enseña Navarro Floria (50), se pueden considerar soluciones, provisionales. Estas podrían permitir que la seguridad sanitaria no aniquile la libertad religiosa en su faz de acciones o actos exteriores, de celebración religiosa, necesariamente presenciales y comunitarios.

Se podría sin más conferir, a la prudencia y discrecionalidad de la autoridad religiosa, la fijación de las condiciones de seguridad sanitaria involucradas en la celebración de la misa presencial y demás reuniones comunitarias presenciales de otros cultos.

Se podría considerar la fijación de recaudos de tope o *cap* ocupacional combinados o no con cantidad máxima de personas presentes; pero esto último, con superación de las falencias que se indicaran en la disidencia del *Justice* Kavanaugh respecto de ese tope: este no debería ser discriminatoriamente exigente, facilitando la concurrencia a una estación de servicio y dificultando en forma incongruente la participación en una misa.

Asimismo, deberían contemplarse diferencias en el ámbito físico, según la celebración sea a puertas cerradas, a puertas abiertas, o al aire libre. Se podría incluir, en el cómputo de la superficie, los metros cuadrados de sacristía y cripta.

En fin, las posibilidades imaginables son infinitas. Y pueden poseer la virtualidad de permitir salirse de la prohibición paralizante, superar la dialéctica conflictivista de la mera confrontación de derechos (salud vs. libertad religiosa en su faz presencial y comunitaria) donde uno aniquila al otro, y —en fin— contribuir a que el “ayuno” (51) o privación religiosa que transitan —además de los sacerdotes y demás ministros de los diversos cultos— los fieles susciten algún viso de atención por parte de los órganos estatales competentes. A estos corresponde brindar una respuesta normativa preventiva pero proporcionada al objetivo sanitario al que se aspira.

(50) NAVARRO FLORIA, Juan G. (2020), “Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?”, ED 286, 08/04/2020. Agradezco a Alfonso Santiago haberme facilitado este medular estudio.

(51) *Idem* nota 29.

# La pandemia del COVID-19 como causal de fuerza mayor extintiva en las contrataciones administrativas

Gustavo E. Silva Tamayo

**Sumario:** I. Introducción.— II. El caso fortuito o fuerza mayor que se configura por la pandemia del COVID-19.— III. La teoría de la imprevisión y la teoría del hecho del príncipe como técnicas para el mantenimiento del equilibrio contractual.— IV. Imprudencia de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe frente al “plexo COVID-19”.— V. Un supuesto especial: los contratos de participación público-privada (PPP).— VI. Conclusión.

## I. Introducción

La pandemia desatada por el COVID-19 que nos asuela, es una, por cierto, aciaga e inesperada manifestación del fenómeno de la globalización (1) el que, hasta ahora, solo había sido enfocado y analizado desde sus aspectos económicos, jurídicos, sociales o culturales, sin avizorarse la factible “globalización” de esta enfermedad de la que poco se sabe y mucho se desconoce y que, en un mundo interdependiente e interconectado, se ha propagado sobre casi todos los países de la Tierra, generando una situación inédita en la Historia de la Humanidad (2), de efectos y consecuencias impredecibles a la fecha (3).

(1) Entre las numerosas descripciones del concepto, se ha dicho que se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales con sus respectivas responsabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Cfr. BECK, Ulrich, “¿Qué es la globalización?”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29).

(2) Los historiadores encuentran similitud con las pandemias de las denominadas “Peste Negra” (1347-1351) y “Gripe Española” (1918-1919).

(3) Se ha comenzado a especular y a pronosticar sobre el advenimiento de una suerte de estatalidad “pospandé-

Esta situación ha llevado a prácticamente todos los Estados a instrumentar medidas excepcionales. Y el nuestro no ha sido la excepción.

En ese contexto, es en el que deben inscribirse los DNU emitidos por el Poder Ejecutivo, desde el dictado de los que llevan los nros. 260/2020 (4) y 297/2020 (5), y en adelante (6).

mica” en la que las sociedades experimentarán cambios de orden social, político, jurídico, económico y cultural aún no precisables.

(4) BO 12/03/2020. Por este decreto se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 12/03/2020 con relación al coronavirus COVID-19 por el plazo de un año a partir de su vigencia y se atribuyeron al Ministerio de Salud, diversas facultades en su carácter de autoridad de aplicación, entre ellas, la de fijar precios máximos para insumos críticos.

(5) BO 18/03/2020. Este reglamento estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todos los habitantes del país y para aquellos que, sin serlo, se encontrasen en él en forma temporaria.

(6) Con posterioridad se dictaron otros DNU y también normativa complementaria compuesta por decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales que omitimos detallar en honor a la brevedad.

Desde el punto de vista de su procedencia formal y sustancial se encuentran dadas todas las condiciones que tanto nuestra Constitución Nacional en su art. 99, inc. 3º, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema (7) y caracterizada doctrina han marcado como requisitos habilitantes para la utilización de este “instituto de emergencia o de gobernabilidad” (8): existen circunstancias excepcionales que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la Constitución Nacional y no se trata de materias “prohibidas”. Además, se hallan debidamente motivados pues abundan en consideraciones científicas que aparecen, *a priori*, como razonables, y siguen los lineamientos trazados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (9). En su gran mayoría han sido ratificados por el Congreso Nacional.

En verdad, nos atrevemos a decir que pocas veces en nuestra vida institucional la utilización de este remedio extraordinario se ha mostrado tan justificada en atención a los presupuestos

fácticos de esta gravísima emergencia sanitaria (10).

La excepcionalidad y temporalidad de las medidas, aun cuando se correspondan con el ámbito *nuclear* del órgano legislativo, así como su razonabilidad y proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), en otras palabras, la “balanza” que idealmente concibe Barak (11) —en uno de cuyos platillos colocaríamos la restricción a los derechos fundamentales, que asumen, por su condición de tales, carácter de principios (a trabajar, a ejercer industria y comercio lícitos, a trasladarse de un lugar a otro, a enseñar y a aprender, etc.) y, en el otro, la finalidad de preservar los de mayor peso o prevalencia absoluta (la vida, la salud)—, les otorgan a todos ellos una presunción de convencionalidad y constitucionalidad evidentes y manifiestas. Volveremos en seguida sobre este punto.

Coexisten, entonces, una emergencia económica previa al advenimiento de la pandemia con una emergencia sanitaria que es consecuencia de esta última y que impactan —ambas—, sobre las contrataciones administrativas, es decir las regidas por normas que pertenecen al derecho público (12).

(7) Especialmente en los fallos: “Verrocchi, Ezio D. c. Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas” s/ amparo, CS, Fallos: 3222:1276; “Leguizamón Romero, Abel y otros c INSSJP s/ ordinario”, CS, Fallos: 327:5559 y “Consumidores Argentinos c. EN-PEN-Decreto 558/02-Ley 20091 s/ amparo”, CS, Fallos: 333:633.

(8) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 301; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2000, 3ª ed., ps. 619-620.

(9) En fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del coronavirus COVID-19 constituía una pandemia, luego de que el número de personas infectadas a nivel global llegara a ciento dieciocho mil quinientos cincuenta y cuatro (118.554) y el número de muertes a cuatro mil doscientos ochenta y uno (4281), afectando hasta ese momento a ciento diez [110] países. Transcurridos poco más de dos [2] meses desde entonces, al 17 de mayo de este año se registraban a nivel mundial más de cuatro millones seiscientos cincuenta mil (4.650.000) personas infectadas por el virus, con más de trescientos trece mil (313.000) decesos por causa del mismo. Al tiempo en que escribíamos estas líneas la curva de contagios diarios en el “Área Metropolitana Buenos Aires” (AMBA), foco de las infecciones, se había incrementado dramáticamente y las autoridades evaluaban la imposición de mayores restricciones.

(10) Un repaso a nuestra historia constitucional revela que las restricciones a los derechos se han dispuesto en el contexto de emergencias económicas y sociales, que algunos autores han calificado de “permanentes”, según da cuenta la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida en los casos “Ercolano c. Lanteri de Ranshaw s/ consignación”, CS, Fallos: 136:161; “Avico, Oscar A. c. de la Pesa, Saúl G”, CS, Fallos: 172:21; “Inchaspes Hermanos, Pedro c. Junta Nacional de Carnes”, CS, Fallos: 199:483; “Cine Callao”, CS, Fallos: 247:121; “Empresa Mate Larangeira Mendes SA y otros”, CS, Fallos: 269:393; “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Economía-Banco Central”, CS, Fallos: 313:1513; entre otros.

(11) BARAK, Aharon, “Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones”, Ed. Palestra, Lima, 2017, traducción de Gonzalo Villa Rosas, ps. 380-406.

(12) Dejamos deliberadamente de lado los contratos celebrados por las empresas o sociedades estatales, regidos por el Derecho Privado pues ellos hallarán su cauce en las normas del Código Civil y Comercial, por ejemplo, demandando el cumplimiento del contrato o su resolución (arts. 1085 y 1088), su extinción por frustración definitiva de la finalidad contractual (art. 1090) o por circuns-

Como bien es sabido, en materia de contratos administrativos el Estado despliega una serie de prerrogativas de poder público, que integran el denominado *régimen exorbitante*, entre las que se encuentra la facultad de mutar los términos pactados (*potestas variandi*) si ello deviene necesario para la satisfacción del interés público. Esta atribución encuentra como límite el derecho del cocontratante al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato (13) y las figuras de la teoría de la imprevisión y de la denominada “teoría del hecho del príncipe” son los remedios que el derecho administrativo proporciona para restablecer el equilibrio alterado.

En estos días, prestigiosas voces, en forma generalizada, han abogado por la invocación de la figura del *factum principis* por parte de los contratistas frente al Estado en el marco de esta crisis (14).

Por nuestra parte, y como desarrollaremos seguidamente, creemos que el impacto de la emergencia sanitaria ha generado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que podría resultar invocado por la Administración como causal extintiva inculpable en las contrataciones administrativas. Consideramos, en efecto, que la teoría del hecho del príncipe, por las excepcionales notas de las que se encuentra revestida la emergencia económica y sanitaria, no resulta de aplicación. Expondremos, en consecuencia, las

tancias extraordinarias sobrevinientes que tornen excesivamente onerosas las prestaciones o bien mediante la rescisión bilateral (art. 1076).

(13) Cfr. por todos: MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed., t. III-A, ps. 469-474; ESCOLA, Héctor J., “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 396; BERCAITZ, Miguel A., “Teoría General del Contrato Administrativo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 403; COMADIRA, Julio R., “La licitación pública”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 66; CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3ª ed., ps. 101-105.

(14) Ver, ente otros: CASSAGNE, Juan Carlos, “El futuro de la contratación pública de cara a la pandemia”, 11/05/2020, disponible en el portal [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar); CASSAGNE, Ezequiel, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19”, LA LEY del 02/06/2020.

razones que nos inclinan a propiciar la inaplicabilidad de esta segunda figura.

## II. El caso fortuito o fuerza mayor que se configura por la pandemia del COVID-19

### II.1. Generalidades

Es sabido que, etimológicamente, “caso fortuito” es lo proveniente del azar mientras que “fuerza mayor” es la acción que resulta insuperable o incontrastable para el deudor (15). El Código Civil aludía a ambas nociones en los arts. 513 (16) y 514 (17), como supuestos en los que el incumplimiento del deudor no le era jurídicamente imputable en razón de un hecho sobreviniente que le era ajeno y le generaba imposibilidad de pagar lo adeudado. Puntualmente el art. 514 definía al caso fortuito como el que no había podido preverse o que, previsto, no había podido evitarse. En cambio, no contenía ninguna definición de la fuerza mayor. Y si bien los glosadores del Código Civil francés habían efectuado una distinción en razón de la causa generadora de lo imprevisible o inevitable: el hecho de la naturaleza en el caso fortuito y el hecho del hombre en la fuerza mayor, lo cierto es que el Código de Vélez se refería a ambos en forma indistinta, por lo que la doctrina y la jurisprudencia los había equiparado en sus consecuencias jurídicas (18).

El Código Civil y Comercial ha incorporado en el art. 1730 una fórmula que, expresamente, asimila el caso fortuito y la fuerza mayor y establece que se trata de un supuesto de extinción

(15) Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., “Código Civil anotado”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1ª ed., t. II-A, p. 124.

(16) “El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor”.

(17) “Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse”.

(18) Cfr. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo (coord.), “Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, ps. 661-662.

de la responsabilidad, salvo disposición en contrario (19).

El caso fortuito rompe la cadena causal pues alude a hechos que no suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; escapan a la previsibilidad normal de los sujetos o bien son previsibles, pero no pueden evitarse, porque no se sabe cuándo ocurrirán o, aun sabiéndose, no es posible resistirlos (20). A las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad se le suma la de *ajenidad*, en el sentido de que el caso fortuito debe ser inimputable pues, si el deudor tiene la culpa de que haya sucedido, porque no previó lo que era previsible o no adoptó medidas para evitarlo, es responsable.

Y en materia contractual se adiciona: a) que sea sobreviniente, es decir, que no se lo hubiese conocido al momento de contratar; b) que sea invencible, o sea, que torne de imposible la obligación asumida; si la encarece debe plantearse la resolución o el reajuste equitativo, invocándose una excesiva onerosidad sobreviniente; y c) que sea actual, en el sentido de que exista al momento en el que la obligación se torna exigible y ser un hecho presente y no una mera amenaza (21).

En el ámbito de la contratación administrativa, las nociones acuñadas por el derecho privado resultan, en general, trasladables, aunque con ciertas modulaciones.

En efecto, en el contrato administrativo, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, para que se configure el caso fortuito no es necesario que el acontecimiento extraordinario sobreviniente impida cumplir absolutamente

(19) “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos.”

(20) Cfr. RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 1046. En sentido similar: ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. VIII, p. 158.

(21) Cfr. RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), ob. cit., p. 1047.

con los términos de este: basta con que produzca una alteración definitiva e irreversible en su ecuación económico-financiera (22).

El alcance dado al concepto de caso fortuito se debió también a la doctrina del Consejo de Estado francés en el caso “Compañía de Tranvías de Cherbourg” (1932). Ante el déficit que experimentaba la compañía concesionaria —y viéndose impedida de aumentar las tarifas— solicitó una indemnización por imprevisión al Consejo de Prefectura, el que rechazó la demanda. Al resolver la apelación, el Comisario de Gobierno sostuvo que la existencia de un grave déficit que transforma la economía del contrato no constituía, de inmediato, un obstáculo insuperable para el contratista. Pero si la situación se prolongaba, él se arruinaría y no podría materialmente cumplir con sus obligaciones, transformándose en un supuesto de fuerza mayor. Para evitar ello es que se le concedía una “indemnización de imprevisión”, con cita en el antecedente “Compañía General de Iluminación de Burdeos” (1916). Pero, en el caso, señaló, “... esta obligación solo puede incumbirle si el trastorno del contrato presenta un carácter temporal... en caso de que las nuevas circunstancias económicas hayan creado una situación definitiva que ya no permite al propietario equilibrar sus gastos con los recursos de que dispone la entidad concedente, no estaría obligada de mantener, a costa de los contribuyentes, un servicio que cesó de ser viable contrariando las condiciones esenciales del contrato; que... la nueva situación así creada constituye un caso de fuerza mayor que por esa razón autoriza tanto al concesionario como a la autoridad concedente a pedir al juez la terminación del contrato, cuando no se logre un acuerdo amigable sobre la nueva orientación que debe dársele a la prestación del servicio...” (23).

Este pronunciamiento, ha marcado, según la doctrina francesa, el punto de partida para la admisión de la fuerza mayor (*force majeure*) en la

(22) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 359.

(23) Cfr. LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy - DEVOLVÉ, P. - GENEVOIS, B., “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa”, Ed. Librería del Personal, Bogotá, 2000, traducción de Leonardo Augusto Torres Calderón, Humberto Mora Osejo y Marie Louise Crépy, ps. 189-191.

jurisprudencia del Consejo de Estado (24), habiéndose precisado que la compensación económica al contratista por aplicación de la teoría de la imprevisión debe ser temporaria; cuando deviene permanente, las consecuencias jurídicas de esa teoría cesan, dando lugar a la rescisión del contrato con fundamento en la idea de la fuerza mayor (25).

Es con base en estos antecedentes que nuestra doctrina ha concluido que, en el derecho administrativo, la fuerza mayor presenta dos modalidades: la insuperable por el contratante (o por la Administración) la cual justifica la inejecución del contrato y la que, sin serlo, produce un trastorno definitivo en el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, justificando su rescisión (26).

¿Cuáles son los hechos que pueden determinar el caso fortuito o fuerza mayor?

Marienhoff los distingue entre aquellos que provienen de la naturaleza, a los que denomina “hechos naturales”, y los que son atribuibles a la acción humana, a los que llama “hechos del hombre”. Entre los primeros menciona las inundaciones, la sequía, las lluvias, la neblina, el viento, los temporales, las tempestades y tormentas de mar, los terremotos y temblores de tierra, los aludes o deshielos, las temperaturas extremas, las epidemias y pestes (enfermedades), las plagas agrícolas, la muerte. Entre los se-

(24) Ver: RICHER, Laurent, “Droit des contrats administratifs”, Ed. LGDJ, París, 2002, 3ª ed., ps. 260-261; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, 1ª ed. en español, p. 486,

(25) DE LAUBADÉRE, André - VENEZIA, Jean-Claude - GAUDEMET, Yves, “Traité de Droit Administratif”, Ed. LGDJ, París, 1999, 15ª ed., t. I, p. 843.

(26) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 359-360. En idéntico sentido: BERCAITZ, Miguel A., ob. cit., ps. 379-380. Idéntica distinción acontece en el derecho español, donde se señala que existen dos tipos: a) la fuerza mayor que otorga al contratista derecho a exigir la indemnización por daños y perjuicios, con supuestos tasados; y b) la genérica que impide el cumplimiento del contrato (Ver: VILLAR PALASÍ, José L. - VILLAR EZCURRA, José L., “Fuerza mayor”, en GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (dir.), Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 1ª ed., p. 686).

gundos: la guerra, el hecho del tercero por quien no debe responderse, los actos del soberano o hechos del príncipe, órdenes o decisiones judiciales, huelga, *lock out* (o paro patronal) (27).

## II.2. El tratamiento normativo en el orden nacional

### II.2.a. La ley 13.064 de Obras Públicas

La ley 13.064 de Obras Públicas (LOP) recepta la figura del caso fortuito o fuerza mayor en su art. 39 (28), bajo una fórmula, por cierto, confusa, de la que pareciera inferirse que la Administración asume el riesgo por las “pérdidas, averías o perjuicios”, provenientes de la fuerza mayor o el caso fortuito (29).

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante y de que la doctrina ha considerado que esta absorción del riesgo por parte del Estado se encuentra justificada por: a) el carácter tuitivo de la legislación de obras públicas; b) la necesidad de preservar el capital de trabajo de las empresas; c) el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato; d) evitar el encarecimiento de la

(27) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 360-367.

(28) “El contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la administración pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) Los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. Para tener derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo, el contratista deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos y en las condiciones que determinen los pliegos especiales de cada obra. En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato”.

(29) Similar solución se presenta en el derecho español marcando, según explican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, un apartamiento de las reglas civiles que determinan que las cosas perecen para el dueño (res perit domino), justificada en evitar un encarecimiento en la contratación (ver: “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 7ª ed., t. I, ps. 720-721).

contratación; e) las peculiaridades propias del contrato de obra pública, que excluyen la aleatoriedad; y f) la promoción de la concurrencia a los procesos de licitación (30), consideramos que la previsión que, en todo caso, daría lugar a una reparación *parcial* (31) a favor del contratista, no puede ser considerada hoy en forma aislada, en virtud de lo establecido por la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.

Incluso, algún autor ha sostenido que el art. 39 de la LOP solo prevé el supuesto en el que el caso fortuito es invocado por el Estado, mientras que los arts. 53 (32) y 54 (33) del mismo plexo

(30) Ver: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 563-565; MÓ, Fernando E., "Régimen legal de las obras públicas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., p. 283; DRUETTA, Ricardo - GUGLIELMINETTI, Ana P., "Ley 13.064 de Obras Públicas, comentada y anotada", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., ps. 286-287.

(31) Se ha señalado que el concepto de "pérdida" o "avería" se refiere no solo a los daños causados a la obra física, sino también a los materiales acopiados (ver: DRUETTA, Ricardo - GUGLIELMINETTI, Ana P., ob. cit., p. 289). En torno al reconocimiento de los perjuicios, con fundamento en el art. 39 de la LOP, la Procuración del Tesoro opinó de debía reconocerse a la contratista los daños que hubieran sufrido los materiales acopiados "... siempre que, del informe técnico que debe producirse... no resulte que ha mediado culpa de la nombrada en la ubicación y cuidado de dichos materiales y que la lluvia producida, por sus características, impidió a la contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos..." (Dictámenes, 67: 30).

(32) "El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el art. 30 o los errores a que se refiere el art. 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20% en más o en menos; b) Cuando la administración pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50% durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; e) Cuando la administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días".

(33) "Producida la rescisión del contrato en virtud de las causales previstas en el artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: a) Liquidación a favor del contratista, previa valuación practicada de común acuer-

son de aplicación cuando el contrato es resuelto a solicitud del cocontratante (34).

Como sea, la jurisprudencia se ha mostrado sumamente cautelosa en la aplicabilidad de esta previsión, en el entendimiento de que, tratándose de un régimen excepcional, derogatorio de las normas comunes, su interpretación debía llevarse a cabo en forma restrictiva.

Así, en los autos "J. J. Chediak SA c. Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución" (1993), nuestra Corte Suprema sostuvo que, de acuerdo con lo establecido por el art. 39 de la LOP, el Estado estaba obligado a responder por sus actos y los de origen natural, pero una situación particular de mercado, que generaba el desabastecimiento de cemento, no constituía un supuesto que le generara la obligación de indemnizar (35).

En "Francisco Cacik en Hijos SA c. Dirección Nacional de Vialidad" (1992), el Máximo Tribunal sostuvo que nada impedía que se declarase que la causa determinante de la rescisión había sido el caso fortuito, no imputable a las partes, a fin de precisar como cada una de las partes habría de soportar las consecuencias sobre las prestaciones recíprocas [art. 39, 53 inc. d) y 54 de la LOP], destacando la inaplicabilidad del reconocimiento del lucro cesante, por no en-

do con él sobre la base de los precios, costos y valores contractuales, del importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras que este no quiera retener; b) Liquidación a favor del contratista del importe de los materiales acopiados y los contratados, en viaje o en elaboración, que sean de recibo; c) Transferencia, sin pérdida para el contratista, de los contratos celebrados por el mismo para la ejecución de las obras; d) Si hubiera trabajos ejecutados, el contratista deberá requerir la inmediata recepción provisional de los mismos, debiendo realizarse su recepción definitiva una vez vencido el plazo de garantía; e) Liquidación a favor del contratista de los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato; f) No se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas. En el caso del inc. d) del art. 53, no será de aplicación el inc. e) del presente artículo".

(34) Ver: BALBÍN, Carlos F., "Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 156.

(35) CS, Fallos: 319:1681.

contrarse configurados los extremos para su procedencia de acuerdo con la doctrina sentada en “Sánchez Granel” (36).

Y en la causa “José Cartellone c. Dirección Nacional de Vialidad” el Cimero entendió que no podía invocarse la falta de lluvia como una circunstancia extraordinaria e imprevisible, sino que la situación perjudicial para el contratista se debía a su negligencia y error (37).

También sostuvo el Alto Tribunal en el precedente “Urruti” que la carga de acreditar el caso fortuito corre por cuenta de quien la alega y requiere, además, de la prueba fehaciente de su imprevisibilidad e inevitabilidad (38).

Desde antaño tiene dicho la Procuración del Tesoro que el concepto de fuerza mayor se relaciona con el acontecimiento que no pudo ser razonablemente considerado al momento de celebrar el contrato, por lo que consideró improcedente el reclamo que solicitaba el reconocimiento de los mayores costos de los materiales, diferencias de cambio y aumentos de mano de obra que, según el contratista, se habían originado en la propia demora de la Administración en expedir los permisos de importación, toda vez que no se trataba de un hecho imprevisible para la peticionante, habida cuenta de su experiencia en casos similares (39). Asimismo, opinó el órgano asesor que lo extraordinario de un hecho que hace imposible al respecto toda previsión, reside en que esté fuera de los límites de lo normal (40).

También la Procuración ha destacado que, por establecer el art. 39 de la LOP un régimen de excepción, debe ser interpretado en forma estricta “... por lo que solo corresponde al contratista la indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos con los precios del contrato” (*Dictámenes*, 233:525).

(36) CS, Fallos: 315:865.

(37) CS, Fallos: 326:2625.

(38) CS, Fallos: 315:2857.

(39) *Dictámenes*, 75:394.

(40) *Dictámenes*, 105:99.

Por último, el caso fortuito para el máximo órgano asesor debe ser imprevisible e inevitable (*Dictámenes*, 295:222; 238:547), ajeno o extraño a la persona del deudor, sobreviniente a la constitución de la obligación y subsistente a la época que debe cumplirse la obligación (*Dictámenes*, 304:226).

II.2.b. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN). Dec. 1023/2001

Este reglamento delegado (41) incorpora al caso fortuito o fuerza mayor, colocando, a la par, a los actos o incumplimientos de las autoridades públicas de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, en su art. 13, inc. c) (42).

Sobre esta previsión se ha observado su similitud con la del art. 39 de la LOP y que también deja afuera de su redacción a los hechos del hombre, del mercado, de la economía, etc. y que se trata de una norma de excepción al régimen común (43).

(41) Su régimen es aplicable obligatoriamente a todas las contrataciones que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 8º, inc. a) de la ley 24.156 (art. 1º), quedando comprendidos los contratos de: compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, las obras públicas, concesiones de obra pública, concesiones de servicios público y licencias (art. 4º) y excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los contratos celebrados con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con entidades multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos y los comprendidos en operaciones de crédito público (art. 5º).

(42) “Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá:... c) La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que torne imposible la ejecución del contrato.”

(43) Cfr. CARDACI MÉNDEZ, Ariel, en RETJMAN FA-RAH, Mario (dir.), “Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001, comentado, anotado y concordado”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 152

### III. La teoría de la imprevisión y la teoría del hecho del príncipe como técnicas para el mantenimiento del equilibrio contractual

#### III.1. Generalidades

Ambas figuras tienen el mismo cometido que es el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo y representan, respectivamente, un paliativo frente a *alea económica* y a *alea administrativa*.

El derecho del contratista al equilibrio financiero se fue moldeando en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir del pronunciamiento “Compañía General Francesa de Tranvías” del año 1910 (44). En ese pronunciamiento, se cuestionaba la obligación impuesta a la empresa, por el prefecto de Bouches-du-Rhône, de aumentar el número de ramales en servicio en función del incremento de las necesidades de acceso a este por parte de la población local. En esa oportunidad el Comisario de Gobierno León Blum señaló que “[e]s evidente que las necesidades que debe satisfacer un servicio de esta naturaleza, al igual que las necesidades de su explotación, no tienen un carácter invariable... Una vez concedido, el Estado no puede desinteresarse del servicio público de transporte. Sin duda es concedido, pero él continúa siendo un servicio público. La concesión representa una delegación, es decir que constituye un modo de gestión indirecta; no equivale a un abandono, a una cesión. Cuando sea necesario, el Estado entonces intervendrá para imponer al concesionario una prestación superior a la prevista estrictamente, para forzar una de las partes de esta ecuación financiera que es, en este sentido, toda concesión, al no usar las facultades que le confiere la convención, sino el poder que le pertenece como poder público”. Para Blum, al fijar las tarifas de los trenes y el número de viajes, el Estado no había renunciado contractualmente a sus derechos reglamentarios conservando “... no solamente el derecho de aprobar los horarios de trenes... sino también el de orde-

nar las adiciones y modificaciones necesarias para lograr, en interés del público, el funcionamiento normal del servicio”. Pero enseguida precisó que esa mutación podía dar lugar a que el concesionario fuese indemnizado “... si se destruye la economía financiera del contrato, si por el uso que la autoridad concedente hace de su facultad de intervención, se encuentre de alguna manera falseado el equilibrio de ventajas y cargas de obligaciones y derechos...”. Para de allí concluir que “[e]l espíritu de esta jurisprudencia es el de organizar un doble contencioso de la concesión. El contencioso de la legalidad de la reglamentación cuya forma normal es el contencioso de anulación y el contencioso del contrato, el cual incluye necesariamente el examen de las repercusiones que la reglamentación puede ejercer sobre la economía del contrato. El doble contencioso corresponde al doble aspecto, a la doble naturaleza de la concesión que, en un sentido, es un dispositivo financiero de forma cierta y que, en otro sentido, es el modo de gestión de un servicio público para necesidades variables. Es por eso que, al reconocer que tal o tal medida de reglamentación es legal... si los interesados estiman que por ese hecho se excedieron las previsiones del contrato, se les reconoce el derecho de acudir al juez del contrato... este podrá conceder una indemnización. Si las modificaciones hechas al contrato trastornan completamente la economía del mismo, podrá declarar su resolución a favor del concesionario”.

Vale decir que en el caso se consagraron tanto el principio de la *potestas variandi* de la Administración en los contratos públicos como el de la garantía del equilibrio económico-financiero, especialmente para el contratante estatal. En palabras de Long - Weil - Braibant - Devolvé - Genevois, “... a partir del comisario de gobierno León Blum, la doctrina formuló el principio conocido con el nombre de ecuación financiera del contrato y que constituye el complemento del principio de mutualidad del contrato” (45).

Así, con base en este fundamento común, las teorías o figuras que buscan corregir —o al menos mitigar— las alteraciones en la eco-

(44) Ver: LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy - DEVOLVÉ, P. - GENEVOIS, B., “Los grandes fallos...”, ob. cit., ps. 87-90.

(45) Idem.

nomía del contrato se fundan, como bien se ha dicho, en los Principios Generales del derecho administrativo, algunos, incluso, con consagración en nuestro texto fundamental como el que consagra la igualdad ante las cargas públicas (46).

### III.2. La teoría de la imprevisión

La doctrina de la imprevisión encuentra, según se ha señalado y no obstante la consagración jurisprudencial reseñada, una estrecha conexión con la cláusula *rebus sic stantibus* elaborada por los glosadores (47) y circunscripta a los contratos de tracto sucesivo (48): supone que el precio contratado permanece inalterable mientras las cosas permanecen inalteradas. Esta regla presume la aceptación de condiciones implícitas en el texto del contrato, más allá de la literalidad de sus términos, que se infieren del conjunto de circunstancias —el “contexto”—, bajo las cuales se suscribió. Se sostiene que “[l]a ‘turbulencia’ e impredecibilidad de la situación económica actual hacen que el principio cobre, progresivamente, mayor importancia que el propio acto (estipulaciones explicitadas) del contrato. El principio *rebus sic stantibus* opera, así, como variable en el seno de un sistema de elementos fijos, con la finalidad de preservar el equilibrio del conjunto” (49).

Mientras que en el derecho privado la teoría suele adquirir la condición de cláusula

(46) De acuerdo: CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato...”, ob. cit., ps. 102-103.

(47) Se ha señalado que la teoría encuentra antecedentes en algunas soluciones particulares brindadas por los juriconsultos romanos pero que, en verdad, es obra de los canonistas, influidos por la filosofía escolástica. Con el liberalismo, la cláusula *rebus sic stantibus* fue abandonada, hasta renacer en el siglo pasado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (ver: BARRA, Rodolfo C., “Contrato de Obra Pública”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1ª ed., t. 3, ps. 1126-1127).

(48) Para MARIENHOFF, la teoría sería aplicable aun en el caso de contratos de prestación única (“Tratado...”, ob. cit., t. III-A, p. 529).

(49) VILLAR PALASÍ, José L. - VILLAR EZCURRA, José L., “Revisión de precios”, en GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (dir.), Comentario a la Ley de Contratos..., ob. cit., p. 528.

resolutoria implícita, en el derecho administrativo presenta peculiaridades que le confieren un sello distintivo propio.

Hemos señalado más arriba la importancia que revistió el antecedente “Compañía General de Iluminación de Burdeos” para delimitar los contornos de la teoría: la imprevisión se produce en virtud de acontecimientos externos y sobrevinientes, es decir, de absoluta ajenidad e imprevisibilidad para las partes que alteran la ejecución del contrato y lo tornan más oneroso, pero no de imposible cumplimiento. Como lo que en definitiva interesa es asegurar el cumplimiento del contrato por razones de interés público, la Administración debe brindar una “ayuda” al contratista-colaborador, que es de carácter *parcial* (nunca *integral*) y *temporaria*: cuando el regreso al equilibrio normal del contrato se torna imposible la situación se asimila en sus efectos a la fuerza mayor, permitiéndose la rescisión del contrato (50), como dejó establecido la doctrina del Consejo de Estado en el caso, *supra* citado, “Compañía de tranvías de Cherburgo”.

En nuestro derecho se han extraído las siguientes notas que caracterizan a la teoría de la imprevisión: a) es de orden público y existe como principio general, con sustento en los arts. 16 y 17 de la CN; b) es implícita y, por lo tanto, invocable aun en ausencia de previsión expresa que la consagre; c) no es renunciable, precisamente por su carácter de orden público; d) puede dar lugar solo a una “ayuda” que recomponga la ecuación económico-financiera alterada por el hecho sobreviniente ajeno a las partes e imprevisible (*alea económica*) (51).

El resarcimiento solo parcial parte de la regla básica de que la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de ellas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayu-

(50) Cfr. RICHER, Laurent, “Droit des contrats...”, ob. cit., p. 250; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Curso...”, ob. cit., ps. 484-485.

(51) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. III-A, ps. 538-540.

da que posibilita distribuir ese alea entre ambas (52).

La teoría halló recepción normativa en la ley 12.910 en materia de contratos de obras públicas para remediar las consecuencias gravosas para la Economía producto de la Segunda Guerra Mundial. Años más tarde, el DNU 1295/2002 por el cual se autorizó la redeterminación de precios de obra pública, en el marco de la emergencia declarada por la ley 25.561.

EL RCAN reconoce expresamente a los contratantes estatales su derecho a recomponer el contrato en el caso en el que este se viere afectado por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen *natural* que torne excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo (art. 13, inc. a)).

Esa limitación a los acontecimientos de origen natural deja de lado otras causas que pueden incidir sobre la economía del contrato, tales como las fluctuaciones del mercado que provoquen alzas en el precio de los insumos o en la mano de obra o la desvalorización monetaria (53) y ha merecido críticas de parte de la doctrina (54). Por contrapartida el art. 1198 del Cód. Civil y el actual art. 1091 del Cód. Civ. y Com., no circunscriben la aplicación de la teoría a los acontecimientos naturales.

El otro problema que plantea la norma en estudio es el uso de la conjunción disyuntiva

(52) Cfr. Por todos. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-A, ps. 542-545; BERCAITZ, Miguel A., "Teoría...", ob. cit., ps. 450 y ss.; EMILI, Eduardo, "El equilibrio contractual", en FARRANDO, Ismael (dir.), *Contratos Administrativos*, Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 1ª ed., p. 623; CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato...", ob. cit., ps. 109-110; BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., t. IV, p. 808.

(53) Ver: ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio P., "Perfiles de la contratación administrativa a la luz de Decreto 1023/01", en *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, año 15, 2003, p. 81.

(54) Ver: CARDACI MÉNDEZ, Ariel, en RETJMAN FA-RAH, Mario (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001...*, ob. cit., p. 145.

va "o" ("extraordinarios o imprevisibles"). Pensamos que se trata de un error material en el que se ha incurrido al redactarla pues, como bien se ha dicho, la aplicación literal de su texto desnaturalizaría el instituto ya que, por un lado, la figura podría invocarse ante acontecimientos extraordinarios, pero no imprevisibles; y, por el otro, un acontecimiento previsible, aunque extraordinario, sería calculado por el contratista al formular la oferta (55).

Aunque el RCAN no lo establece, creemos que la doctrina de la imprevisión es invocable por cualquiera de las partes (56).

Sostuvo la Corte Suprema en el caso "Dulcamara SA c. ENTEL" (1990) (57) que ese tribunal había establecido en otros precedentes que la lesión sobreviniente, producto de un hecho extraordinario e imprevisible hacía aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato, aun en los administrativos, por aplicación del entonces vigente art. 1198 de Cód. Civil, aclarando que tal doctrina exigía "... un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevinido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato" (voto del Ministro Fayt).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que, para que resulte aplicable la teoría de la imprevisión se torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de que la prestación, a cargo de una de las partes, se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles (58) y que, el dictado de un decreto antes de la emisión y notificación de una orden de compra y, por ende, antes del perfeccionamiento del contrato impide que sea alegado por la peticionan-

(55) Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio P., "Perfiles...", ob. cit., p. 83.

(56) De acuerdo: CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato...", ob. cit., p. 109.

(57) CS, Fallos: 313:376.

(58) Dictámenes, 259:222.

te como hecho sobreviniente para invocar la teoría de la imprevisión (59).

En un asesoramiento reciente, el organismo asesor opinó que la previsión en los pliegos de incluir cláusulas que contemplaran la factibilidad de abrir una instancia renegociadora en forma cuatrimestral, sumada a que tales solicitudes se resolverían con base en una metodología basada en índices de variaciones de costos, resultaba completamente extraña a la recomposición del contrato, basada en circunstancias externas y sobrevinientes que afectasen su ecuación económico-financiera y aparecía cercana a la instrumentación encubierta de mecanismos indexatorios prohibidos por el art. 10 de la ley 23.928 (60).

### III.3. La teoría del hecho del príncipe

La denominación de la figura es, por cierto, equívoca y nos remite, sin duda, a los actos del soberano absolutista que podía, en ese esquema, incumplir sus compromisos sin responsabilidad (61). Lo cierto es que se trata, como bien se ha señalado, de una de las teorías más confusas del derecho administrativo (62), resultando curioso de señalar que Vélez la contempló en su nota al art. 514 del Cód. Civil, como una especie de fuerza mayor (63).

Tanto en el derecho francés (64), como en el español (65) y en el nacional (66) media acuerdo en que se trata de una técnica dirigida a remediar aquellas intervenciones de los poderes públicos que, con carácter general, afecten, de modo reflejo, las condiciones de ejecución del contrato. Las consecuencias de la utilización de la teoría pueden variar en cuanto a la extensión del resarcimiento, según que la medida sea legítima o ilegítima (67).

También existe un generalizado consenso en que la medida debe ser de carácter general y emanar de una misma esfera de gobierno (nacional, provincial o municipal) que corresponde al organismo contratante, aun cuando no se trate de la misma autoridad que contrató (68). Cuando el acto o decisión estatal proceda de órganos de otra esfera de gobierno (v.gr. una ley

(64) Cfr. por todos: VEDEL, Georges, "Droit Administratif", Ed. Presses Universitaires de France, París, 1961, 2ª ed., p. 658; RIVERO, Jean - WALINE, Marcel, "Droit Administratif", Ed. Dalloz, París, 200, 18ª ed., p. 132; DE LAUBADERE, André - VENEZIA, Jean Claude - GAUDEMET, Yves, "Traité de Droit Administratif", Ed. LGDJ, París, 1999, 15ª ed., p. 836; PEYRICAL, Jean-Marc, "Droit Administratif", Ed. Montchrestien, París, 2000, 2ª ed., ps. 131-132; RICHER, Laurent, "Droit des contrats...", ob. cit., ps. 265-267; TRUCHET, Didier, "Droit Administratif", Ed. Thémis, París, 2011, 4ª ed., ps. 277-278; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Curso...", ob. cit., ps. 483-484.

(65) Cfr. por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso..." ob. cit., t. I, ps. 712-713; PARADA, Ramón, "Derecho Administrativo, Parte General", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, 4ª ed., t. I, ps. 275-277; PAREJO ALFONSO, Luciano - JIMÉNEZ BLANCO, Antonio - ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Ariel, Barcelona, 1996, 4ª ed., p. 635; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Derecho Administrativo, Parte General", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 1ª ed., 596-597; MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Ed. Iustel, Madrid, 2011, 1ª ed., ps. 413-415.

(66) Cfr. por todos: MARIENHOF, Miguel S., "Tratado..." ob. cit., t. III-A, ps. 365-366; BERCAITZ, Miguel A., "Teoría General..." ob. cit., p. 390; ESCOLÁ, "Tratado..." ob. cit., p. 456; CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato..." ob. cit., ps. 106-107; BALBÍN, Carlos F., "Tratado..." ob. cit., t. IV, p. 798.

(67) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato..." ob. cit., p. 107.

(68) En contra: BARRA, Rodolfo, ob. cit., t. 3, p. 1201, quien incluye los actos de distintas provincias o municipios en relación con la Administración comitente.

(59) Dictámenes, 282:001.

(60) Dictamen IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13/04/2020.

(61) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso...", ob. cit., t. I, ps. 712.

(62) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato..." ob. cit., p. 106, citando a André DE LAUBADERE.

(63) "Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano o fuerza del príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos".

provincial o una ordenanza municipal) sería aplicable la teoría de la imprevisión (69).

Los extremos que habilitarían la aplicación de la teoría del hecho del príncipe serían los siguientes: a) el desequilibrio contractual debe provenir de medidas de índole general que posean incidencia económica o financiera en el contrato (v.gr., impuestos, cargas); b) las medidas deben provocar una excesiva onerosidad sobreviniente; c) deben ser imprevisibles; d) debe mediar una adecuada relación causal entre la decisión de la autoridad pública y el impacto en la ecuación económico-financiera del contrato; y e) la alteración del equilibrio contractual debe provocar un daño especial, cierto y diferenciado para el contratista (70).

En el orden nacional, la LOP, en el art. 39, *supra* citado establece, entre otros supuestos, que el contratista puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios causados por “culpa de los empleados de la Administración o de fuerza mayor o caso fortuito”, aclarando que se consideran como caso fortuito o de fuerza mayor: “a) los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública, no previstos en los pliegos de licitación”. De acuerdo con la sistemática de la LOP, entonces, el hecho del príncipe es un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que, de acuerdo, a sus arts. 53 y 54 no da lugar al reconocimiento del lucro cesante ni de los gastos improductivos (71).

El RCAN, en su art. 13, inc. c) parece referirse a la figura del “hecho del príncipe” cuando establece que el contratista podrá justificar el incumplimiento de las prestaciones a su cargo cuando concurren “... actos o incumplimientos de las autoridades públicas o de la contraparte

(69) De acuerdo: ORTIZ de ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio P., “Perfiles...”, ob. cit., p. 85.

(70) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado...”, ob. cit., t. III-A, ps. 481-485.

(71) De acuerdo: BALBÍN, Carlos F., “Tratado...”, ob. cit., t. IV, p. 799. De todas maneras, como aclara este autor, el criterio restrictivo de la LOP debería matizarse pues, en caso de ausencia de regulación, se aplica la Ley de Responsabilidad del Estado en forma supletoria. Así, si el “hecho del príncipe” fuera ilegítimo, el cocontratante podría reclamar por el daño emergente y por el lucro cesante; si fuera legítimo, solamente por el daño emergente.

te pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”. Se ha señalado que el decreto ha omitido regular el caso en el que los actos de las autoridades públicas no tornen imposible cumplir con las obligaciones a su cargo, sino que las haya hecho más gravosas, es decir, que hayan generado para el cocontratante un alea administrativa extraordinaria, por la excesiva onerosidad sobreviniente derivada de ellas (72).

Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de destacar el carácter “imprevisible” que deben revestir las medidas invocadas como “hecho del príncipe” en la causa “Rosa María Juana Martínez Suárez de Tinayre c. ATC” (1986) (73), considerando que el órgano contratante no podía invocar una decisión propia para eximirse de responsabilidad contractual. El Máximo Tribunal sostuvo que el canal integraba la organización estatal, más allá del ropaje de sociedad anónima que ostentaba, habida cuenta de los intensos vínculos que la ligaban a la Administración.

La Procuración del Tesoro ha señalado que al presentar su propuesta el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que, eventualmente, deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que den lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe o del caso fortuito (*Dictámenes*, 278: 133).

#### IV. Improcedencia de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe frente al “plexo COVID-19”

Consideramos inaplicable la teoría del hecho del príncipe por parte de los contratistas públicos para obtener una reparación integral frente a las medidas adoptadas por el Estado nacional en el contexto de la emergencia sanitaria desatada por la pandemia del COVID-19. Pensamos que, por el contrario, la Administración se encuentra habilitada para proceder a la extinción de dichos contratos, sin responsabilidad alguna.

(72) Cfr. ORTIZ de ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio P., “Perfiles...”, ob. cit., p. 86.

(73) CS, Fallos: 308:821.

Seguidamente explicaremos las razones que fundamentan nuestra postura.

*IV.1. La aplicación de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (LRE) a las contrataciones públicas*

La LRE ha previsto la aplicación supletoria de sus disposiciones a la responsabilidad contractual del Estado, en ausencia de regulación (74).

Es evidente que, para que proceda la responsabilidad contractual del Estado, deben concurrir los requisitos previstos en los arts. 3º o 4º de la LRE. Por ende, de acuerdo con la regulación conferida a los factores de atribución por la LRE en sus arts. 3º inc. d) y 4º inc. d), la responsabilidad contractual del Estado se habrá configurado cuando: a) medie una falta de servicio contractual o b) el contratista sufra un sacrificio o daño especial que no está obligado a soportar (75).

Partiendo de la base de la legitimidad de los Decretos dictados durante la crisis —aspecto sobre el que, advertimos, media consenso generalizado—, entendemos que la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, no puede generar al Estado una responsabilidad sin falta o legítima, toda vez que las consecuencias de esa catástrofe *no suponen un daño o sacrificio especial en tanto, es de público y notorio conocimiento que están siendo soportadas por toda la comunidad argentina y por casi todos los países del planeta.*

La teoría del sacrificio especial, sobre la cual ya se había pronunciado nuestra Corte Suprema, fue sostenida por Mayer, para fundar la obligación de indemnizar, aunque el acto estatal que causase el daño fuera legal,

(74) “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta norma en forma supletoria”.

(75) De acuerdo: PERRINO, Pablo, “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Código Civil y Comercial, ley 26.944 comentada”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 238. En idéntico sentido: ROSATTI, Horacio, “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2014, 1ª ed., ps. 626-627.

siempre que se hubiere perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada a los demás (76).

Mayer entendió que resultaba condición para que se configurase la responsabilidad del Estado que el daño ocasionase un perjuicio material o empobrecimiento del particular. El sacrificio es, entonces, en esta tesitura, un elemento calificador del daño y no todo daño producido será indemnizable, ya que el general será el precio por la convivencia social (77).

El sustento jurídico, suficiente y directo, que en nuestro sistema se ha encontrado para la aplicación de la teoría del sacrificio especial, más arriba comentada, es el art. 16 de la CN, en cuanto establece que ‘todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, siendo la igualdad la base de las cargas públicas’. Asimismo, se debe agregar a ello la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental.

En este sentido, la Corte había recalcado la *especialidad* necesaria que debía revestir el perjuicio para configurar un sacrificio especial en “Piria” (78) reconociendo, además, que toda obra pública debía respetar la garantía individual de la inviolabilidad de la propiedad y su uso (“Laplacette” (79), “Los Pinos” (80), “Galanti”, etc.).

El perjuicio antijurídico puede mantenerse como tal aun cuando comprenda a varios individuos y adquiera cierta generalidad. El problema se presenta en la medida en que aumenta el número de afectados por un sacrificio especial, pues la figura pierde su contorno inicial y entran a jugar los argumentos atinentes

(76) MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., traducción del alemán de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, t. IV, p. 217.

(77) Ver GARCÍA, Cándido E., “La doctrina del daño especial”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, nro. 14, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, ps. 59-69.

(78) CS, Fallos: 185:95.

(79) CS, Fallos: 195:66.

(80) CS, Fallos: 293:617.

tes a la ruina fiscal y a la paralización de la actividad estatal.

En efecto, cuando la carga fuese soportada por gran parte de la sociedad, la pretensión de obtener una reparación por toda la comunidad aliviaría solo momentáneamente a algunos, pero sin restablecer el equilibrio buscado por esta teoría.

Por ello es que, acertadamente pensamos, el inc. e) del art. 4º de la LRE, *exige que el perjuicio sea diferenciado del que sufre el resto de la comunidad.*

La doctrina, con relación al “hecho del príncipe” también ha hecho hincapié en la necesidad de que las medidas generales afecten al cocontratante de manera especial o particular, caso contrario no hay lugar para la indemnización **(81)**. En idéntica línea que “... tratándose de una disposición de carácter general que incida en forma indirecta en el cumplimiento de las obligaciones del cocontratante, para que sea admisible el derecho a la indemnización pertinente, es necesario que produzca un daño diferencial y no común, como ocurre con el cambio de toda legislación que afecta o lesiona derechos de la generalidad de los habitantes: leyes sanitarias, laborales impositivas, monetarias, etc...” **(82)**. Y que “... el perjuicio debe ser el resultado de una situación diferencial o especial del cocontratante, es decir, no debe tratarse de consecuencias que lo afecten de la misma manera que al resto de las personas que se hallan en su misma situación general, o sea, como comerciante, industrial, etc.” **(83)**.

En este sentido, se afirma que la teoría del sacrificio especial no está pensada ni funcionaría para perjuicios cuantitativamente extendidos sobre los particulares. Al respecto, la Corte ya había fijado una posición restrictiva en la causa “Buenos Aires Eximport” **(84)**:

(81) Cfr. VEDEL, Georges, “Droit...”, ob. cit., p. 659.

(82) BERCAITZ, Miguel A., “Teoría...”, ob. cit., p. 390.

(83) ESCOLA, Jorge, “Teoría...”, ob. cit., vol. I, ps. 457-458.

(84) CS, Fallos: 316:397.

‘pretender iguales beneficios para todos sería un objetivo claramente utópico, incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico... un mundo idílico.’ El legislador ha ratificado, pues, esta idea.

Además del referido aspecto cuantitativo, no menos importante es precisar el aspecto cualitativo. Sobre el particular, la cuestión a determinar es en qué consiste la situación jurídicamente protegida que debe presentar el particular damnificado para pretender la responsabilidad del Estado.

Al respecto la Corte en la ya citada causa “Revestek” entendió que aquella debía ser un derecho adquirido, al expresar que “... no existe derecho adquirido al mantenimiento de una normativa...” (en el caso se trataba de una pauta cambiaria establecida por una Circular del BCRA).

La LRE sigue este criterio jurisprudencial pues entiende por configurado el sacrificio especial cuando se verifica la conculcación de un derecho adquirido, con lo que cierra la posibilidad de contemplar otras situaciones jurídicas, como la afectación que pueda provenir de la aplicación inmediata de la ley nueva a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes **(85)** (también llamada retroactividad impropia o *retrospección*) o la tutela de expectativas plausibles (confianza legítima).

En suma, consideramos que la LRE, es la ley *posterior y específica* que, en ausencia de previsiones en las leyes especiales respecto de los requisitos para hacer valer la responsabilidad contractual legítima del Estado, exige la presencia de un *sacrificio especial* en el particular contratista.

La pandemia desatada por el nuevo coronavirus COVID-19, por sus características, configura un supuesto de caso fortuito *generalizado que permite que la Administración proceda a rescindir discrecionalmente las contrataciones no esenciales, sin que ello de lugar a reparación de ninguna especie a los cocontratantes.*

(85) Cód. Civil, art 3º; Cód. Civ. y Com., art. 7º.

*IV.2. Aplicación analógica de la regulación contenida en el art. 955 del Cód. Civ. y Com.*

Sin perjuicio de lo expuesto, cabría considerar la aplicación analógica de la regulación contenida en el art. 955 del Cód. Civ. y Com. (86).

Sobre esta norma se ha dicho que la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, tiene como consecuencia la extinción de la obligación, debiendo la prestación: a) haber devenido imposible de cumplir en forma total, definitiva y absoluta; b) que el deudor no haya obrado con culpa o dolo; y c) que el caso fortuito o la fuerza mayor no le sea imputable (87) y que el límite de la responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento está generado por el caso fortuito: si opera el *casus*, el deudor queda liberado de su obligación y exonerado de responsabilidad (88).

El art. 1º de la LRE señala, por un lado, que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Esta previsión es un espejo del art. 1764 del Cód. Civil (89), pero en modo alguno puede impedir la aplicación de las disposiciones de este último por *analogía* tal como lo viene sosteniendo nuestra Corte Suprema a partir del *leading case* “Ganadera Los Lagos SA” (90).

(86) Que en lo que aquí interesa reza así: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue las obligaciones sin responsabilidad...”

(87) Cfr. ALTERINI, Jorge H., ob. cit., t. IV, p. 747.

(88) Cfr. RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil...”, ob. cit., t. III, p. 393.

(89) “Las disposiciones del Capítulo 1 (De la responsabilidad civil) de este Título (Otras fuentes de las obligaciones) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

(90) CS, Fallos: 190:142. Dijo allí el Tribunal Címero que las reglas del derogado Cód. Civil., arts. 1037 y ss., sobre nulidades de los actos jurídicos “... si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo, sino al Derecho Privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo cuyas normas y soluciones también deben a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por

Doctrina esta mantenida en la causa “Meridiano” (91) en la cual el Alto Tribunal, luego de considerar la aplicación analógica de las disposiciones sobre nulidades del Código Civil a los actos administrativos, expresó “... lo que no significa subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos”.

El derecho administrativo toma criterios privatísticos, pero no los mantiene incólumes: los regula según sus propios criterios publicísticos, basados en las normas fundamentales contenidas en las constituciones o bien, en ausencia de regulación, les confiere, a través del tamiz de la analogía, un sesgo particular que ya no permite identificarlos con su concepción originaria.

En efecto, la analogía es una inveterada técnica interpretativa a la que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se encuentra una norma aplicable al caso, hipótesis en la cual se configura una “laguna” o, más específicamente en derecho administrativo, un “caso administrativo no previsto” (92).

Dicha regla consiste en un proceso lógico merced al cual se induce, del análisis de soluciones particulares, el principio que las informa para así buscar, seguidamente, las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que les es aplicable por deducción (93). Se trata de un método de interpretación harto frecuente en el derecho administrativo, por cuanto a su ya apuntada condición de derecho en formación, sensible a los cambios de la realidad social y política que lo circunda y a la cual aprehende, potencia sensiblemente las situaciones en las cuales la normación resulta incompleta o inexistente.

la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina”

(91) CS, Fallos: 301:292.

(92) Ver y ampliar en LINARES, Juan F., “Caso administrativo no previsto”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, ps. 30 y ss.

(93) Y que, además de estos elementos lógicos, según se ha dicho, contiene un elemento valorativo o axiológico (ver VILLAR PALASÍ, José L., “La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos”, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, 1ª ed., ps. 218-221).

Para que tenga cabida la analogía, tanto lógica, como jurídicamente, la semejanza entre los dos casos, el normado y el que se somete a resolución, debe ser relevante, o sea, presentar una cualidad común a ambos que constituya razón suficiente para atribuirle esa consecuencia, a la que se llama *ratio legis* (94).

La letra del art. 2º del Cód. Civ. y Com. al tratar la interpretación (95), refiere a las “leyes análogas”, de manera similar a como lo hacía el Cód. de Vélez en su art. 16.

Si se admite la plenitud hermética del orden jurídico, la analogía supone un medio de auto-integración que permite llenar las lagunas o casos administrativos no previstos (96), es decir, carentes de regulación especialmente aplicable al supuesto concreto.

La propia naturaleza del derecho administrativo torna frecuente que se presenten estas lagunas por lo que la jurisprudencia ha hecho uso del remedio de la analogía también con asiduidad, a partir del referido caso “Ganadera Los Lagos”, en materia de obligaciones, incluso en lo atinente a la extinción de estas; en la construcción de la figura del contrato administrativo; al trazar los lineamientos de la teoría de la responsabilidad del Estado; etc.

La analogía, entonces, no debe confundirse con la aplicación subsidiaria de normas comunes para regir conductas de derecho público, en ausencia de leyes administrativas que, es precisamente, la posibilidad que veda la LRE.

(94) Cfr. BOBBIO, Norberto, “Teoría General del Derecho”, Ed. Debate, Madrid, 1991, traducción de Eduardo Roza Acuña, p. 247. Este autor, luego de recordar el aforismo romano que consagra la analogía: *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*, señala que también la aplicación analógica puede abarcar ya no una norma individual, sino la de un bloque de determinadas materias a otras no reguladas y que denomina como analogía *iuris*.

(95) “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

(96) Ampliar en LINARES, Juan F., ob. cit., ps. 53 y ss.

En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de lo establecido en el párr. 3º del art. 1º de la LRE y en el art. 1764 del Cód. Civ. y Com., es posible recurrir, por medio de la interpretación analógica, a las soluciones previstas en el Código Civil. Ello teniendo en cuenta que la LRE contiene solo una serie de lineamientos y aspectos genéricos en torno a la responsabilidad estatal (97).

A mayor abundamiento debe recordarse el Mensaje de elevación del proyecto de la LRE del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso en el cual se expuso: “La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que este sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (CS, Fallos: 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros)”.

En consecuencia, la situación provocada por la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, contemplado en el art. 955 del Cód. Civ. y Com. que resulta analógicamente aplicable a las contrataciones administrativas.

#### V. Un supuesto especial: los contratos de participación público-privada (PPP)

La obtención de los recursos necesarios para financiar la ejecución de las prestaciones a su cargo constituye una obligación esencial de los contratistas bajo el régimen de Participación Público-Privada (conforme art. 1º y ccds. de la ley 27.328 y arts. 1º, 9º, apart. 9º, y ccds. de la Reglamentación aprobada por el dec. 118/2017).

En tal sentido, la doctrina referida al citado régimen legal y reglamentario ha señalado que “sin financiación privada no hay PPP... Si la financiación del objeto del contrato surge directamente del Estado, que la entrega durante la ejecución del proyecto, el contrato será de obras públicas o de servicios públicos o de suministro,

(97) En sentido análogo: PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 54.

tipologías en las que puede alojarse cualquier objeto contractual incluido en el art. 1º que un privado rinda al Estado, con financiación pública, pero no será un contrato de PPP” (98).

Se trata de un alea asumida por el contratista, quien afronta el riesgo de obtención de los fondos necesarios para la ejecución de las obras, incluido el resultante de cambios en la situación de los mercados financieros que dificulten la obtención del financiamiento necesario.

Ya antes de desatarse la emergencia sanitaria producto de la pandemia, la doctrina había observado las dificultades que se presentaban para obtener el financiamiento privado necesario para encarar estos proyectos en nuestro país (99).

En el escenario de crisis que atravesamos, consideramos que estos contratos deberían, particularmente, ser extinguidos por fuerza mayor, ante la imposibilidad de los contratistas de conseguir el financiamiento necesario para la ejecución de las obras, en virtud de la retracción de las variables económicas, ajena, imprevisible e irresistible, es decir, no jurídicamente imputable para ninguna de las partes.

## VI. Conclusión

Estimamos, siguiendo a la doctrina de nuestra Corte Suprema (100), que nos encontramos ante una doble emergencia: económica y sanitaria que da lugar a un estado de necesidad que obliga a nuestro Estado a acudir a remedios extraordinarios para preservar la existencia misma de la de la sociedad y/o su propia conservación institucional.

(98) CRIVELLI, Julio César, “Inversión Privada en el Sector Público”, Ed. Astrea - RAP, Buenos Aires, 1ª ed., p. 151.

(99) Ver: CASSAGNE, Ezequiel, “Un nuevo marco jurídico para el desarrollo de las asociaciones público-privadas en la Argentina”, en REGAZZONI, Carlos J. (dir.), Contratos de Participación Público-Privada, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 134

(100) CS, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional-Ministerio de Economía-BCRA) s/ amparo”, CS, Fallos: 313:1513 (1990); “Videla Cuello, Marcelo, sucesión de c. La Rioja, Provincia de s/ daños y perjuicios”, CS, Fallos: 313:1638 (1990).

Instituciones que resultan razonables y adecuadas en tiempos de normalidad institucional, se tornan absolutamente inservibles en situaciones como la que estamos atravesando a raíz de la pandemia desatada por el nuevo coronavirus COVID-19, y que configura un “caso fortuito universal”, inédito hasta entonces.

Si bien el concepto de interés público es una noción, de contornos proteicos, no lo es menos que ella conecta directamente con la justificación teleológica del concepto de Estado y, a lo largo de la historia constitucional de nuestra Nación, ha sido tributario del mandato constitucional de promover el bienestar general y la prosperidad del país y de las provincias. Y ello marca a las claras la necesidad de proteger, a través de las medidas de emergencia, ese bienestar general o prosperidad que, conforman, a nuestro entender, aquello que suele definirse como “procura existencial” (101) y que, estimamos, no es otra cosa que la vigencia, respeto y realización de los derechos humanos de jerarquía y prevalencia *fixa* como lo son la vida y la salud de los habitantes de nuestro país.

Desde esa premisa y adoptando decisiones marcadas por la emergencia, pero en modo algunos apartadas de la juridicidad, sostenemos que la Administración se encuentra facultada para rescindir, sin responsabilidad, aquellas contrataciones que no resulten prioritarias en el marco de la presente emergencia económica y sanitaria.

La pandemia ha originado, como es público y notorio, una crisis económico-financiera de magnitud inédita desde la denominada “Gran Depresión”, producida en el año 1929. En efecto: se ha producido un desplome de las economías, incluso las de países con más altos niveles

(101) GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Ed. Alianza, Madrid, 1977, p. 26, remitiéndose a FORSTHOFF, Ernst, “Traité de Droit Administratif Allemand”, Ed. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1969, traduit de l’allemand par Michel Fromont, p. 538, quien, al igual que otros autores alemanes, bajo el término *deseinvorsorge*, refiere a la responsabilidad que tiene el Estado de llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre sus posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como las de la política social stricto sensu.

de desarrollo, lo que ha dado lugar a una pronunciada merma del intercambio comercial; un marcado deterioro de los precios de las materias primas —claramente ejemplificado por la baja del precio internacional de productos primarios, como el petróleo—; la interrupción de cadenas de producción, suministro y pagos a nivel global y la virtual parálisis de actividades tales como los servicios vinculados al transporte y el turismo.

La pandemia ha generado un escenario de recesión a nivel mundial, que en países de Latinoamérica se refleja en la devaluación de las monedas con su consiguiente impacto en el nivel de endeudamiento, e incluso en una aceleración de los procesos de fuga de capitales que buscan refugios menos riesgosos; en este contexto, la Organización de las Naciones Unidas ha estimado que la región sufrirá una contracción económica no inferior al 5,5% durante el año en curso. En ese contexto recesivo se ha producido un colapso global de los mercados de valores a partir de febrero de 2020, con fuertes caídas reflejadas en los distintos indicadores, con reducción de la liquidez y un aumento significativo de la volatilidad de los mercados financieros como resultado de la incertidumbre respecto de la intensidad y la duración de la pandemia y de la paralización económica que ella produce **(102)**.

Consideramos que el instituto de la “fuerza mayor”, que opera de modo similar que en los contratos regidos exclusivamente por el Código Civil y Comercial, es el adecuado para dar tratamiento a las contrataciones públicas, siendo las pestes y epidemias casos típicos de or-

---

(102) Ver: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE-CEPAL, “América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19. Efectos económicos y sociales. Informe Especial - COVID 19”, <https://www.cepal.org/es/comunicados/pandemia-covid-19-lleva-la-mayor-contraccion-la-actividad-economica-la-historia-la>.

den natural que la configuran. Ello aun cuando adquiera características propias que permitan afirmar su existencia incluso cuando el suceso disruptivo no genera un impedimento absoluto para el cumplimiento del contrato, siempre que produzca una alteración significativa y de carácter definitivo sobre la ecuación económico—financiera del contrato.

La extinción de los contratos bajo la causal de fuerza mayor permitirá, asimismo, hacer frente a la difícil situación macroeconómica; equilibrar la balanza de pagos y priorizar el uso de recursos escasos para llevar a cabo erogaciones acuciantes como la adquisición de insumos médicos para afrontar la pandemia, las importaciones esenciales para la industria, las obras esenciales tales como el agua corriente y redes cloacales, etc.

Queremos cerrar estas breves líneas compartiendo las reflexiones de Rawls:

“Los bienes públicos se componen, en buena medida, de los elementos y de las condiciones que el Estado mantiene para que cada uno los utilice atendiendo a sus propios fines, como sus medios le permitan, de igual modo que cada uno tiene su destino propio en los viajes por carretera. La teoría de los mercados competitivos es una descripción modelo de este tipo de sociedad. Como los miembros de esta sociedad no se sienten impulsados por el deseo de actuar justamente, la estabilidad de los ordenamientos justos y eficaces, cuando existen, requiere, normalmente, del uso de sanciones. Por tanto, la coincidencia de los intereses privados y de los colectivos es el resultado de estabilizar los recursos institucionales aplicados a personas que se oponen como poderes indiferentes, cuando no hostiles” **(103)**.

---

(103) RAWLS, John, “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, 2ª ed., traducción de María Dolores González, ps. 471-472.

# La suspensión de los plazos administrativos con motivo de la emergencia nacional por el coronavirus COVID-19

## Breve reseña normativa

Lucía I. Videla

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los plazos en el ámbito del procedimiento administrativo y su suspensión. Breve descripción conceptual.— III. La suspensión general de plazos en el ámbito federal. El dec. 298/2020 y sus subsiguientes prórrogas.— IV. Algunas excepciones y particularidades dispuestas en el ámbito federal en torno a la suspensión general de los plazos administrativos.— V. Breve análisis de la cuestión en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.— VI. Palabras finales.

### I. Introducción

El 11 de marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia por la enfermedad del coronavirus COVID-19, en razón de su propagación y gravedad a nivel mundial.

En este contexto, el presidente de la República Argentina dictó, al día siguiente, el DNU 260/2020 (1), que amplió por un año los alcances de la emergencia pública en materia sanitaria declarada anteriormente por la ley 27.541 (2) y dispuso la adopción de diferentes medidas sanitarias para contener el avance del brote del coronavirus COVID-19.

Frente a la multiplicación del número de casos confirmados, el Poder Ejecutivo nacional dictó el DNU 297/2020 con fecha 19 de marzo

(1) Dec. 260/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 12/03/2020.

(2) Dec. 297/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 20/03/2020.

de 2020 (3), que dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habitan en la República Argentina o que se encuentren allí, disponiendo que debían permanecer en sus residencias habituales o en los lugares donde se encontraran (4).

En tales circunstancias es que el Poder Ejecutivo nacional determinó mediante dec. 298/2020 (5) la suspensión general de los plazos administrativos y, en el mismo sentido, lo hicieron las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Poderes Legislativo y Judicial.

(3) Ley nacional 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, publicada con fecha 23/12/2019.

(4) Dicha medida fue extendida en seis oportunidades a través de los decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 959/2020, 493/2020 y 520/2020 (en este último únicamente para algunos lugares de la República Argentina, disponiendo para los restantes el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”).

(5) Dec. 298/2020, publicado en el Boletín oficial de fecha 20/03/2020.

En el presente artículo, analizaremos brevemente la noción de plazo en el ámbito del procedimiento administrativo, las implicancias de su suspensión y repasaremos los reglamentos que impusieron la suspensión de plazos administrativos generales en virtud de la emergencia nacional, con algunas de las excepciones y particularidades dispuestas en torno a ella.

Para finalizar, haremos una breve reseña de dicho análisis en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

## II. Los plazos en el ámbito del procedimiento administrativo y su suspensión. Breve descripción conceptual

El concepto de plazo en el procedimiento administrativo es definido por Juan Carlos Cassagne como “el lapso en el cual deben cumplimentarse las distintas etapas o fases del procedimiento” (6).

Por su parte, Tomás Hutchinson, entiende que configura el “lapso que media entre la celebración del acto y la producción de un hecho futuro necesario, al cual se subordina el ejercicio o la eliminación de un derecho” (7), indicando a su vez, que este concepto es introducido en la ley nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo (8) (en adelante LNPA), en lugar del anteriormente denominado *término*. Tal como expone el autor, la expresión *plazo* resultaría más precisa y no debiera confundirse con la de *término*, que refiere específicamente a aquel “día cierto o incierto, pero necesario, en el cual los efectos de la relación jurídica comienzan o concluyen”.

En el procedimiento administrativo los plazos son obligatorios para los interesados y para la

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 7ª ed., t. II, tít. VI, cap. IV, p. 548.

(7) HUTCHINSON, Tomás, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”, Ed. Astrea de Ricardo y Alfredo Depalma SRL, Buenos Aires, 1982, t. I, art. 1º, p. 35.

(8) Ley nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo, art. 1º, inc. e), apart. 1º “En cuanto a los plazos: Serán obligatorios para los interesados y para la Administración”.

administración. De este modo lo prevé la LNPA en su art. 1º, inc. e), apart. 5º. De tal premisa deriva una doble consecuencia que se traduce, por una parte, en el deber de observancia con respecto a los plazos en el procedimiento y, por otra, en la facultad para exigir su cumplimiento.

En cuanto a la administración, como ya se adelantó, la LNPA establece con claridad su obligatoriedad y ello se articula en consonancia con los principios de “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites” consagrados en su art. 1º, inc. b).

Ahora bien, la obligatoriedad en el cumplimiento de los plazos del procedimiento administrativo por parte de la administración y sus consecuencias prácticas ha sido objeto de algunas objeciones. En este sentido, Agustín Gordillo postula que la afirmación de que los plazos obligan por igual a la administración y a los particulares resultaría “absolutamente alejada de la realidad” (9), en virtud de la marcada desproporción que se presenta entre las consecuencias de su inobservancia para los particulares y para la administración. Tomás Hutchinson, por su parte, entiende en este punto que a lo sumo se podría admitir que configuran, al decir de Cassagne, “un rigorismo procesal atenuado” (10) comparado con el proceso judicial, no pudiéndose eludir su obligatoriedad “tanto para el particular como para la administración”.

Por otra parte, no debemos confundir el carácter obligatorio de los plazos con su perentoriedad. En este sentido, y a diferencia del ámbito procesal, en el procedimiento administrativo los plazos no son, en principio, perentorios. Esto implica que no basta con su mero vencimiento para que opere la pérdida del derecho o facultad que ha dejado de usarse (11) y que son prorrogables.

(9) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo. El procedimiento administrativo”, 11ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, FDA, Buenos Aires, 2016, t. 4, cap. VIII, 1.1.4, p. 398.

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., tít. VI, cap. IV, p. 549.

(11) HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., art. 1º, p. 36.

Ahora bien, la regla de que los plazos no tienen carácter perentorio presenta, como toda regla, sus excepciones. La principal excepción, en relación con el actuar de los particulares, es la relativa a los plazos para interponer recursos administrativos. Tal como lo establece la propia LNPA en su art. 1º, inc. e), apart. 6º: “Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos”. Cabe mencionar en este punto que dicha norma prevé también para los recursos presentados en forma extemporánea que estos sean tramitados como una denuncia de ilegitimidad, instituto este cuyo análisis excedería el alcance del presente estudio (12).

Más allá de las diferencias que, en la práctica, se puedan señalar con respecto a las sanciones y consecuencias que efectivamente acarrea la no observancia de los plazos en el procedimiento administrativo para los particulares y para la administración, lo dicho basta para concluir que su obligatoriedad se prevé para ambas y que, por lo tanto, su suspensión también opera de tal modo.

La suspensión de los plazos administrativos implica que su curso legal deje de operar y se reanude su cómputo cuando esta cese (13).

De tal modo lo prevé el propio Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos dec. 1759/1972 (14) (en adelante RNPA) cuando estipula en su art. 76: “La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los

plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista”. En este supuesto la solicitud de la vista por sí sola suspenderá el curso del plazo para recurrir que, supongamos, una vez otorgada por un plazo determinado y cumplido este, reanudará su cómputo desde el momento en el cual comenzó a operar la suspensión.

En tal entendimiento es que el Poder Ejecutivo nacional ha dictado, frente al advenimiento de la pandemia de coronavirus COVID-19 a la República Argentina, sucesivos reglamentos que dispusieron la suspensión de los plazos administrativos regulados por la LNPA, el RNPA y por otros procedimientos especiales.

### III. La suspensión general de plazos en el ámbito federal. El dec. 298/2020 y sus subsiguientes prórrogas

El dec. 298/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 20 de marzo del 2020 dispuso, con el fin de resguardar los derechos y garantías de los interesados, la suspensión del curso de los plazos dentro de los procedimientos administrativos regulados por la LNPA, el RNPA y por otros procedimientos especiales, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan a partir de su publicación y, en principio, hasta el 31 de marzo de 2020. Cabe en este punto mencionar que posteriormente la medida ha sido prorrogada por sucesivos decretos (15).

Asimismo, en su art. 2º, la ya mencionada norma exceptuó de la suspensión general de plazos a aquellos trámites relativos a la emergencia nacional, por caso, los necesarios para la autorización, instalación y funcionamiento de

(12) Ley nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo, art. 1º, inc. e), apart. 6º “Interposición de recursos fuera de plazo. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que este dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho;”

(13) Ley nacional 19.549 Procedimiento Administrativo, art. 1º, inc. e), apart. 1º “En cuanto a los plazos: Serán obligatorios para los interesados y para la Administración.”

(14) Dec. 1759/1972 “Reglamento de procedimientos administrativos”, publicado en el Boletín Oficial de fecha 27/04/1972.

(15) El dec. 327/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 31/03/2020, prorrogó la suspensión del curso de los plazos dispuesto por el dec. 298/2020, hasta el día 12/04/2020 inclusive; el dec. 372/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 14 de abril, estableció la prórroga hasta el día 26 de abril inclusive; el dec. 410/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 26/04/2020, estableció la prórroga hasta el día 10/05/2020 inclusive; el dec. 458/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 11/05/2020 estableció la prórroga hasta el día 24/05/2020 inclusive; el dec. 494/2020, publicado en el Boletín oficial de fecha 25/05/2020, estableció la prórroga hasta el día 07/06/2020 inclusive; y el dec. 521/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 08/06/2020 estableció la prórroga hasta el día 28/06/2020 inclusive.

hospitales de campaña, las contrataciones excepcionales y temporarias de personal de salud, medidas de desinfección, etcétera.

Finalmente, en su art. 3°, facultó para disponer excepciones a la suspensión general, en el ámbito de sus competencias, a las diferentes jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el art. 8° de la ley 24.156 de Administración Financiera, por cuanto indica que integran el Sector Público Nacional la Administración Central, Organismos Descentralizados, Empresas y Sociedades del Estado, Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración nacional y Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

Por su parte, los sucesivos decretos que prorrogaron estas medidas lo hicieron en los mismos términos, a excepción del dec. 521/2020, publicado en el Boletín Oficial de fecha 8 de junio del 2020, que incorporó en su art. 2° la excepción de la suspensión para los procedimientos de selección del contratista estatal pasibles de ser tramitados mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones para la Administración nacional "COMPR.AR", con la finalidad de garantizar la adquisición y provisión de bienes y servicios necesarios para las distintas jurisdicciones.

#### **IV. Algunas excepciones y particularidades dispuestas en el ámbito federal en torno a la suspensión general de los plazos administrativos**

En el marco de las ya mencionadas excepciones previstas por el dec. 298/20 en sus arts. 2° y 3°, diferentes órganos del Sector Público Nacional determinaron, en el ámbito de sus propias competencias, procedimientos específicos que fueron exceptuados de la suspensión general de plazos y asimismo han dictado reglamentos disponiendo que ella opere en forma retroactiva desde fechas anteriores a la entrada en vigencia prevista en la norma general.

Tal es el caso de la Agencia de Acceso a la Información Pública que, a través de la res. 70/2020 (16), resolvió exceptuar de la suspen-

(16) Ibidem.

sión general de plazos administrativos dispuesta por el dec. 298/2020 y ss. prórrogas, a los trámites regidos por la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública y por la ley 25.326 de Protección de Datos Personales.

Por su parte, la Administración Federal de Ingresos Públicos, estableció mediante la res. gral. 4682/2020 (17) un período de feria fiscal extraordinaria, con suspensión de los plazos previstos en los distintos procedimientos vinculados a la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos a su cargo, a partir del día 18 y hasta el 31 de marzo inclusive, habiéndose prorrogado mediante las sucesivas res. grales. 4692 (18); 4695 (19); 4703 (20) [habilitando la feria y los plazos relativos a los procedimientos de fiscalización correspondientes a la información proporcionada a esta Administración Federal por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)]; 4713 (21) y 4722 (22).

Asimismo, en varios órganos pertenecientes al Sector Público Nacional se han dispuesto excepciones a la suspensión general de plazos administrativos, relacionadas con la continuidad de los procedimientos de contratación pública de bienes y/o servicios indispensables para la continuidad de su funcionamiento, tales como los servicios de limpieza, mantenimiento edilicio o informático, conexión a internet, lo-

(17) Res. gral. AFIP 4682/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 10/03/2020.

(18) Res. gral. AFIP 4682/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 18/03/2020.

(19) Res. gral. AFIP 4692/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 02/04/2020, estableció un nuevo período de feria fiscal extraordinario entre los días 1 y 12 de abril de 2020, ambos inclusive.

(20) Res. gral. AFIP 4695/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 13/04/2020, estableció un nuevo período de feria fiscal extraordinario entre los días 13 y 26/04/2020.

(21) Res. gral. AFIP 4703/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 28/04/2020, que estableció un nuevo período de feria fiscal extraordinario entre los días 27/04/2020 y 10/05/2020, ambos inclusive.

(22) Res. gral. AFIP 4713/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 12/05/2020, que estableció un nuevo período de feria fiscal extraordinario entre los días 11 y 24/05/2020.

cación de inmuebles, adquisición de insumos, etc. En este sentido, podemos señalar las excepciones dispuestas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo mediante res. 50/2020 (23); por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Alimentaria mediante res. 416/2020 (24); por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante res. 150/2020 (25); por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social mediante res. 407/2020 (26); por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante res. 161/2020 (27) y por el Ente Nacional de Comunicaciones mediante res. 326/2020 (28).

### V. Breve análisis de la cuestión en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el dec.-ley 76/1947 (29) prevé en su art. 71: “Los plazos administrativos obligan por igual y sin necesidad de intimación alguna a las autoridades administrativas, a los funcionarios públicos personalmente, y a los interesados en el procedimiento”. Por su parte, y en concordancia con lo ya reseñado para el régimen federal, en sus arts. 72 y 73, la misma norma recepta la no perentoriedad y prorrogabilidad de los plazos en el procedimiento administrativo como regla y, en su art. 74, la excepcional perentoriedad de

(23) Res. gral. AFIP 4722/2020, publicada en el Boletín oficial de fecha 27/05/2020, que estableció un nuevo período de feria fiscal extraordinario entre los días 25/05 y 07/06/2020.

(24) Res. Superintendencia de Riesgos del trabajo 50/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 28/05/2020.

(25) Res. del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Alimentaria (SENASA) 416/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 28/05/2020.

(26) Res. del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible 150/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 19/05/2020.

(27) Res. del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social mediante 407/202, publicada en el Boletín Oficial de fecha 08/05/2020.

(28) Res. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 161/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 03/06/2020.

(29) Res. del Ente Nacional de Comunicaciones mediante 326/2020, publicada en el Boletín Oficial de fecha 03/04/2020.

los plazos para interponer recursos administrativos.

Con respecto a la suspensión de los plazos administrativos en el régimen de la provincia de Buenos Aires, Botassi y Oroz exponen que esta “se presenta cuando este deja de correr por un determinado tiempo para luego continuar haciéndolo en razón de haberse removido el impedimento que obstaba su curso” (30), aclarando a su vez, y en la línea del ejemplo anteriormente dado, que si bien la legislación bonaerense no recepta expresamente lo previsto en el artículo 76 del RNPA con respecto a la solicitud de vista, “todo pedido de vista acarrea la suspensión del plazo en curso” y asimismo que conforme se ha interpretado, los plazos en el marco del procedimiento administrativo se suspenden también cuando la administración así lo dispone y cuando razones de fuerza mayor impidan al particular actuar, ya sea para solicitar la vista o para recurrir un acto que lo afecta.

En el mismo sentido que lo hizo el Poder Ejecutivo nacional, el Poder Ejecutivo bonaerense ha dictado, el dec. 132/2020 (31), declarando el estado de emergencia sanitaria en el ámbito la provincia de Buenos Aires y, entre otras disposiciones, la suspensión de todo evento cultural, artístico, recreativo, deportivo o social de participación masiva, en principio, por un plazo de quince días desde su publicación y previendo su futura prórroga, conforme a las recomendaciones posteriores del Ministerio de Salud provincial.

Por su parte, el gobierno provincial dictó asimismo el dec. 167/2020 (32) disponiendo la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos correspondientes a la aplicación del dec.-ley 7647/1970 y demás procedimientos administrativos especiales, sin perjuicio de la

(30) Dec.-ley 7647/1970 “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires de fecha 23/11/1970.

(31) BOTASSI, Carlos A. — OROZ, Miguel H. E., “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Librería Editora Platense, 2011, 2ª ed., cap. XI, p. 352.

(32) Dec. provincial 132/2020, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires de fecha 12/03/2020.

validez de los actos cumplidos o que se cumplan durante dicha suspensión y de aquellos que resultaren impostergables a los fines del resguardo de la tutela de los derechos y garantías de los interesados; y el dec. 166/2020 (33), haciendo lo propio con respecto a los plazos administrativos correspondientes a la aplicación del Código Fiscal bonaerense.

Finalmente, debe destacarse que la vigencia temporal de estas medidas quedó sujeta a la del citado art. 3° del dec. 132 con sus eventuales futuras prórrogas y, de este modo, se ha visto extendida mediante sucesivos decretos (34).

## VI. Palabras finales

La llegada de la pandemia por el coronavirus COVID-19 a la Argentina trajo aparejada la necesidad de decretar la suspensión general de los plazos administrativos, tanto en el ámbito nacional, como en el de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este

---

(33) Dec. provincial 167/2020, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires de fecha 26/03/2020.

(34) Dec. provincial 166/2020, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires de fecha 21/03/2020.

particular contexto, tales medidas fueron dispuestas expresando la finalidad del resguardo de derechos y garantías de los interesados en los procedimientos y sus efectos operan tanto para los particulares como para la administración, del mismo modo que los plazos administrativos resultan obligatorios también para ambos.

Por su parte, la suspensión general de plazos que hemos analizado se ha dispuesto desde su comienzo con la exclusión específica para aquellos procedimientos atinentes a la propia emergencia nacional que, posteriormente, se ha ampliado a algunos procedimientos de selección del contratista estatal. Asimismo, la facultad dispuesta inicialmente en favor de las distintas jurisdicciones, entidades y organismos del Sistema Público Nacional, para exceptuar de la suspensión general de plazos a algunos procedimientos específicos, ha sido aplicada en varias oportunidades.

Es de esperar que, con el paso del tiempo y frente a las diferentes necesidades que se presenten a futuro, se dispongan nuevas excepciones a la suspensión general de plazos, conforme el tránsito hacia la salida de la pandemia lo requiera y hasta que las circunstancias vuelvan a permitir su curso normal.

# La erosión democrática en los tiempos del coronavirus

## Discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial (\*)

Juan Santiago Ylarri (\*\*)

**Sumario:** I. Planteo inicial.— II. Discrecionalidad presidencial.— III. Asentimiento del Congreso.— IV. Deferencia judicial.— V. Conclusiones.

### I. Planteo inicial

Aun con anterioridad a la pandemia del COVID-19, muchas de las democracias actuales se encontraban en un estado de debilidad muy grande, y estaban signadas por el ascenso del populismo. No solo en países con grandes desigualdades, sino también en países desarrollados. Así, distintos autores se han referido a la erosión democrática. Hay ciertos requisitos que deben reunirse para que exista una democracia constitucional liberal. Se ha indicado que el primer elemento, es la presencia de un sistema electoral democrático, con elecciones periódicas libres y justas. Un segundo elemento, está dado por el reconocimiento de los derechos de libertad de expresión y asociación, los cuales están muy unidos al concepto de democracia. El tercer elemento, es la existencia de la integridad de la ley y las instituciones jurídicas, es decir, el Estado de Derecho, suficiente para permitir la participación democrática sin temor ni coacción (1). De este modo, si bien en muchos

países puede hablarse de la existencia de una democracia formal, muchos elementos para la existencia de una democracia fuerte y real, o fértil, podríamos decir, están ausentes (2).

La erosión de la democracia se ha profundizado con la crisis sanitaria, económica y social generada por el COVID-19. En efecto, el Poder Ejecutivo ha adoptado prácticamente todas las decisiones, el Congreso en un primer momento ha estado absolutamente ausente y luego ha permanecido inmóvil ante aquellas decisiones, y el Poder Judicial se encuentra trabajando solo de un modo parcial y hay que tener en cuenta que históricamente ha sido deferente a las medidas adoptadas en situaciones de emergencia. Así, para enfrentar diversas crisis, el Poder Ejecutivo es el que ha tenido más preponderancia, muchas veces por entenderse que es la rama de gobierno que puede dar una respuesta más rápida y eficiente a los desafíos, especialmente para combatir crisis económicas. Al mismo tiempo, los controles tradicionales en manos del Congreso y del Poder Judicial se han vuelto

(\*) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Programa de Investigación Científica, Desarrollo y Transferencia de Tecnologías e Innovaciones de la Universidad Nacional de La Matanza, que lleva por título “Los alcances de la revisión judicial de las facultades legislativas del presidente: la interpretación restrictiva”.

(\*\*) Abogado y doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Coordinador académico

de la Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Nacional de La Matanza).

(1) GINSBURG, Tom — HUQ, Aziz Z., “How to Save a Constitutional Democracy”, University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 10.

(2) He desarrollado la cuestión en un trabajo titulado “El ascenso del populismo y la erosión democrática” (en prensa).

más débiles. Por un lado, se ha promovido la delegación legislativa al presidente y, por el otro, el Poder Ejecutivo ha comenzado a expandir sus propias capacidades a través de nuevos poderes de emergencia (3). Si bien hay parte de la doctrina que defiende este rol más preponderante del Poder Ejecutivo (4), se ha dicho que esa postura subestima las capacidades del presidente de evadir los controles y socavar la autoridad de aquellos que quieren restringir sus poderes (5). Es por esta amplia delegación de facultades legislativas en el presidente que O'Donnell ha llamado a estas democracias no como democracias representativas sino como democracias "delegativas" (6). También, no es menor destacar que, muchas veces, el ejercicio de las facultades excepcionales por parte de los presidentes se llevó a cabo cuando no se configuraban las circunstancias de hecho habilitantes para su aprobación (7).

Sin perjuicio de ello, el problema de la erosión democrática y de la crisis de representación no se debe solo al modo en que los poderes han actuado en la práctica, sino que la cuestión tiene mucho que ver con el modo en que las mismas instituciones políticas fueron diseñadas. Como precisa Gargarella, "muchas instituciones no fueron diseñadas con el objetivo de promover la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, sino que más bien fueron pensadas para desalentar dicha participación. Se procuraba separar y dotar de enorme autonomía al

cuerpo de representantes. Es por ello que hoy se cuenta con un sistema político más sensible a las presiones de grupos de interés que a la voluntad de la ciudadanía" (8). En un trabajo posterior, el autor puso de manifiesto que las últimas reformas constitucionales en América Latina concentraron la mayor parte de sus energías en la creación de nuevos derechos, pero dejaron la organización de poderes básicamente intacta, por lo que las reformas mantuvieron las "puertas de la sala de máquinas" cerradas de la Constitución, olvidando que a fin de introducir cambios sociales en una Constitución debe modificarse principalmente la organización del poder (9).

Así las cosas, en el trabajo me detendré en el modo en el cual la emergencia, incluida la crisis generada por el COVID-19, altera los roles institucionales, pues como bien se ha señalado, "está hecha para el Ejecutivo, porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos" (10). De igual modo, en el derecho norteamericano, se ha descrito el rol de los distintos poderes del Estado de este modo: "cuando una emergencia tiene lugar, el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente, y los tribunales son deferentes" (11).

## II. Discrecionalidad presidencial

Desde un primer momento, el presidente ha sido quien ha adoptado prácticamente todas las medidas para enfrentar la crisis generada por el COVID-19, en ocasiones delegando atribuciones al jefe de Gabinete de Ministros y sus ministros. En primer lugar, se dictó el decreto de necesidad y urgencia 260/2020 (12). La mencionada norma, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la ley

(3) Cfr. GARGARELLA, Roberto, "Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution", Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 162.

(4) POSNER, Eric — VERMEULE, Adrian, "The Executive Unbound: After the Madisonian Republic", Oxford University Press, Oxford, 2010.

(5) Cfr. GARGARELLA, Roberto, "Latin American Constitutionalism...", ob. cit., p. 172.

(6) O'DONNELL, Guillermo, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, 1, Vol. 5, 1994, ps. 55-69.

(7) Tal ha sido el caso de los decretos-leyes en el ordenamiento español (ver al respecto el libro de mi autoría "Los decretos-leyes y el control de la 'extraordinaria y urgente necesidad'", Ed. Lajouane, Ciudad de Buenos Aires, 2019), y los decretos de necesidad y urgencia en Argentina (sobre el tema ver la obra de mi autoría "La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa", Ed. Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2019).

(8) GARGARELLA, Roberto, "Crisis de representación", Ed. Fontamara, México, 1997, p. 93.

(9) GARGARELLA, Roberto, "Latin American...", ob. cit., ps. 185-187.

(10) FRÍAS, Pedro, "¿Separación de poderes o qué?", *LA LEY*, 03/11/1992, ps. 1-3.

(11) POSNER, Eric A. — VERMEULE, Adrian, "Terror in the balance: security, liberty, and the courts", Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 3.

(12) BO 12/03/2020. Luego modificado parcialmente por el dec. 287/2020 (BO 18/03/2020).

27.541 **(13)**, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del decreto **(14)**. A su vez, otorgó numerosas facultades al Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación **(15)**, y dispuso que el citado ministerio juntamente con el Ministerio de Desarrollo Productivo, podrían fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos, definidos como tales **(16)**. Asimismo, estableció que en determinados casos debería guardarse un aislamiento obligatorio **(17)**, y que se suspenderían los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de determinadas “zonas afectadas”, durante el plazo de treinta días **(18)**. Ante el avance de la pandemia, prohibió el ingreso al territorio nacional a personas extranjeras no residentes en el país, a través de cualquier punto de acceso **(19)**. Aquella prohibición se extendió luego incluso a personas residentes en el país y a los argentinos con residencia en el exterior **(20)**.

(13) BO 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

(14) Art. 1°.

(15) Art. 2°.

(16) Art. 6°. Ver al respecto la resolución Conjunta 1/2020 (BO 21/03/2020) que luego de establecer los insumos críticos sanitarios necesarios para mitigar la propagación del coronavirus intimó a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras que participen de la cadena de producción de dichos insumos a incrementar la producción, distribución y comercialización de dichos insumos hasta el máximo de su capacidad instalada, y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud. También, cabe señalar que el dec. 287/2020, incorporó al dec. 260/20 el art. 15 bis, que suspendió por el plazo que dure la emergencia, el último párrafo del art. 1° de la ley 20.680 de Abastecimiento (BO 25/06/1974), que exceptuaba de dicho régimen a los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas.

(17) Art. 7°.

(18) Art. 9°.

(19) Dec. 274/2020 (BO 16/03/2020). La norma fue prorrogada por los decs. 331/2020 (BO 01/04/2020), 365/2020 (BO 11/04/2020) y 409/2020 (BO 26/04/2020).

(20) Dec. 313/2020 (BO 27/03/2020).

Por su parte, el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 **(21)**, estableció para todas las personas que habitan en el país o que se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, con vigencia desde el 20 hasta el 31 de marzo, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica **(22)**.

Estas normas fueron complementadas por otros decretos, decisiones administrativas, resoluciones y disposiciones de diversos organismos, como las que dispusieron la abstención del corte de servicios en caso de mora o falta de pago **(23)**, la suspensión de cierre de cuentas bancarias por determinado plazo por librar cheques sin fondos **(24)**, el congelamiento del valor de las cuotas de créditos hipotecarios y la suspensión de las ejecuciones hipotecarias **(25)**, la suspensión de desalojos, la prórroga de los contratos de locación y congelamiento del precio de alquileres **(26)**, la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de las remuneraciones **(27)**, la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por dichos motivos **(28)**, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior **(29)**. También se dictaron normas con incidencia en el procedimiento administrativo, como las que dispusieron la suspensión de

(21) BO 18/03/2020.

(22) Art. 1°. El aislamiento fue prorrogado por los decs. 325/2020 (BO 31/03/2020), 355/2020 (BO 11/04/2020), 408/2020 (BO 26/04/2020), 459/2020 (11/05/2020), 493/2020 (BO 25/05/2020) y 520/2020 (BO 08/06/2020).

(23) Dec. 311/2020 (BO 25/03/2020).

(24) Dec. 312/2020 (BO 25/03/2020).

(25) Dec. 319/2020 (BO 29/03/2020).

(26) Dec. 320/2020 (B.O. 29/03/2020).

(27) Dec. 297/2020, art. 8° y resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 202/2020 (BO 14/03/2020).

(28) Dec. 329/2020 (BO 31/03/2020).

(29) Resolución del Ministerio de Educación 108/2020 (BO 16/03/2020).

los plazos (30) y la admisión de efectuar contrataciones directas en la administración pública (31). A su vez, se modificó el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020 y se suspendió durante el mismo ejercicio, para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones del dec. 260/2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el jefe de Gabinete de Ministros establecidos en la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (32).

La crisis del coronavirus ha producido que la totalidad de las relaciones jurídicas se vea impactada por la acción estatal a escala global. Las nociones de propiedad, comercio y contrato, las relaciones interpersonales, y aun las de familia, se ponen en cuestionamiento (33). Así, la pandemia ha generado una gran restricción de derechos, incluso en las relaciones privadas (34). De este modo, puede verse como el Poder Ejecutivo, con el fin de combatir la pandemia y resguardar la salud pública, ha restringido prácticamente todos los derechos constitucionales, desde el derecho a trabajar hasta el derecho de ejercer libremente el culto (35).

Siendo ello así, quiero destacar la importancia que estas medidas más restrictivas de derechos

(30) Dec. 298/2020 (BO 20/02/2020).

(31) Art. 15 ter del dec. 260/2020, incorporado por el dec. 287/2020. Ver al respecto la Decisión administrativa 409/2020 (BO 18/03/2020) y la disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones 48/2020 (BO 20/03/2020).

(32) Dec. 427/2020 (BO 11/05/2020).

(33) VÍTOLO, Alfredo M., "Coronavirus: un nuevo paradigma jurídico-político", La Nación, 13/04/2020 (disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/coronavirus-un-nuevo-paradigma-juridico-politico-nid2353550>. Consulta el 21/06/2020).

(34) MAZZINGHI, M., "Congelamiento de cuotas de créditos, alquileres y suspensión de ejecuciones por la emergencia", LA LEY, 14/04/2020, ps. 19-20.

(35) IBARLUCÍA, Emilio, "Pandemia y Constitución", en Constitución y Emergencia Sanitaria Suplemento Especial de la Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1, abril 2020 (disponible en: <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>. Consulta el 21/06/2020).

que en épocas normales (36), se den adecuadas explicaciones del obrar estatal (37). En efecto, "la democracia requiere explicaciones. En épocas excepcionales, las explicaciones son más necesarias que nunca" (38). Asimismo, como bien ha apuntado Holmes, justamente en esta cuestión radica la diferencia entre un Ejecutivo constitucional y un monarca absoluto: el primero debe dar razones por sus acciones, mientras que el segundo puede simplemente anunciar *tel est mon plaisir* (39).

### III. Asentimiento del Congreso

¿Cuál ha sido el rol del Congreso ante esta situación? En primer lugar, cabe apuntar que aun cuando no se había suscitado la profunda crisis generada por el COVID-19, el Congreso ya había sancionado, a finales del año 2019, la ley 27.541 mediante la cual se declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó numerosas facultades al Ejecutivo.

En segundo lugar, debe señalarse que la primera medida adoptada por el Poder Ejecutivo nacional para enfrentar la pandemia, el dec. 260/2020 data del 12 de marzo. El Congreso, sesionó por primera vez desde el advenimiento de la emergencia sanitaria dos meses después, el 13 de mayo, de manera virtual. El comienzo de las sesiones estuvo precedido por una acción declarativa interpuesta por Cristina Fernández, en su carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación, a fin de que se despejara el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos en el contexto de la emergencia sa-

(36) He desarrollado la cuestión en "La restricción de derechos constitucionales en épocas de emergencia sanitaria, económica y social", Revista Derecho y Salud, Universidad Blas Pascal (en prensa).

(37) Ver al respecto lo que expuse en autoría "La emergencia económica...", ob. cit., ps. 331 y ss.

(38) BOULIN, Ignacio, "La pandemia exige explicaciones", En disidencia [blog] (disponible en <http://endisidencia.com/2020/05/la-pandemia-exige-explicaciones/>. Consulta el 21/06/2020).

(39) HOLMES, Stephen, "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror", California Law Review, 2, vol. 97, 2004, 301-356, p. 332.

nitaria ocasionada por el coronavirus. Si bien la Corte Suprema rechazó la acción, al mismo tiempo, afirmó que el Senado de la Nación “tenía todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. En efecto, precisó que la continuidad de la tarea de legislar del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina. Así, manifestó 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”.

En la misma línea, la doctrina ha sostenido que, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados (40). En la misma línea, Sabsay señalaba que no se justificaba que el presidente continúe tomando decisiones de altísima importancia institucional, pues tienen que ver con la organización del Estado, con su régimen económico con efectos directos sobre los derechos de las personas, por defecto del Legislativo (41).

Dejando de lado las cuestiones suscitadas en el precedente mencionado, cabe advertir que, en las últimas décadas, el Poder Legislativo ha dejado el protagonismo en la producción normativa para combatir emergencias económicas y sociales al Poder Ejecutivo. Así, las medidas adoptadas no han sido leyes formales, con la debida publicidad y deliberación que acompañan estas normas, sino delegaciones o decretos de

necesidad y urgencia (42). De este modo, creo que a pesar de los recaudos que hay que adoptar para evitar la propagación del virus, el Poder Legislativo debe tener un rol preponderante en la toma de decisiones. Su accionar, por un lado, debe dirigirse al control sobre los numerosos decretos de necesidad y urgencia que se han dictado, conforme lo establece la ley 26.122. Aunque, claro está, en este aspecto el Congreso tampoco ha ejercido control alguno, pues desde la sanción de la ley mencionada no ha habido ningún caso de derogación de un decreto de necesidad y urgencia. También, el rol del Congreso es fundamental en la deliberación de medidas a adoptar para solucionar las crisis en que nuestro país se encuentra sumergido hace casi un siglo.

Sin embargo, ¿qué ha hecho el Congreso en el marco de la crisis? Lo primero que hizo, en el marco de una crisis extrema económico y social, fue otorgar al personal del Congreso que estuviese cumplido funciones de manera presencial, un adicional especial por “Emergencia Sanitaria” (43). En lo que respecta a la sanción de leyes, cabe destacar que desde el comienzo del aislamiento ha aprobado solo tres: la ley 27.547 (44), que regula la Sociedad Nacional de la Cruz Roja; la ley 27.548 (45), que estableció un Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19; y la ley 27.549 (46) que estableció Beneficios Especiales a Personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la Pandemia de COVID-19.

Por otro parte, quiero destacar dos cuestiones en relación con la delegación de facultades legislativas aprobadas por la ley 27.541 y el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Cabe recordar que el art. 76 de la Constitución prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, “salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con

(40) HERNÁNDEZ, Antonio M., “La emergencia por el Covid-19 en Argentina”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria — VALADÉS, D. (coords.), *Emergencia Sanitaria por Covid-19*, UNAM, México, 24-32, p. 24.

(41) SABSAY, Daniel, “El Poder Legislativo debe seguir funcionando”, *La Nación*, 09/04/2020 (disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/el-poder-legislativo-debe-seguir-funcionando-nid2352468>). Consulta el 21/06/2020).

(42) YLARRI, Juan S., “La emergencia económica...”, *ob. cit.*, ps. 213 y ss.

(43) Resolución Conjunta 6/2020, del 30/04/2020.

(44) BO 08/06/2020.

(45) BO 08/06/2020.

(46) BO 08/06/2020.

plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". Así las cosas, en primer lugar, debe destacarse que el dec. 260/2020, en su art. 1º, amplía "la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541" (47). Ahora bien, la reforma constitucional introdujo dos institutos nuevos. Por un lado, la posibilidad que el Congreso declare una "emergencia pública" y delegue determinadas facultades al Poder Ejecutivo, o bien que el Poder Ejecutivo, sin intervención previa del Congreso, dicte un decreto con fuerza de ley. Pero 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 "autodelegarse" funciones legislativas. Considero que la ampliación dispuesta constituye un exceso de facultades. En segundo lugar, análogas consideraciones caben efectuar respecto del requisito del plazo exigido por el art. 76 de la CN. A modo de ejemplo, cabe señalar que el art. 5º de la ley 27.541 fijó un "plazo máximo de hasta ciento ochenta [180] días para mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal". Por lo tanto, de modo alguno el Poder Ejecutivo podría, mediante un decreto de necesidad y urgencia —en el supuesto mencionado, el dec. 543/2020 (48)— prorrogar dicho plazo por otros 180 días. Lo propio ocurrió con el dec. 542/2020 (49), que prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2020 la suspensión de la aplicación del art. 32 de la ley 24.241 que establece la movilidad de las prestaciones previsionales,

(47) A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del dec. 319/2020 se indica que la norma "se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260/2020 y su modificatorio..." A su vez, en los considerandos del dec. 320/2020 se sostiene que "por el dec. 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley 27.541, por el plazo de un [1] año, en virtud de la pandemia declarada".

(48) BO 19/06/2020.

(49) BO 18/06/2020.

la cual había sido suspendida por el art. 55 de la ley 27.541 por ciento ochenta días. Reitero, solo al Congreso es a quien le corresponde fijar las materias de emergencia pública y el plazo dentro del cual el Ejecutivo puede ejercer las facultades que le delegue.

Finalmente, si bien los decretos de necesidad y urgencia han sido utilizados con una considerable ligereza por parte de los distintos presidentes a lo largo de las décadas, cabe recordar que estos decretos pueden dictarse "solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes". Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el Congreso se encuentra sesionando, y que la crisis ocasionada por la pandemia no es de modo alguno, meses después de haberse desatado, una cuestión novedosa que requiera una acción normativa inmediata que no pueda esperar al trámite parlamentario (50). Por lo tanto, creo que, en principio, salvo que se presente una nueva situación extraordinaria que requiera el dictado de una norma de modo inmediato, no se justificaría el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Por el contrario, resulta necesario que el Congreso retome las funciones que constitucionalmente tenga asignadas y adopte las medidas para paliar la crisis.

#### IV. Deferencia judicial

En lo que respecta al accionar del Poder Judicial en la pandemia, cabe destacar que en virtud del dictado del dec. 260/2020, mediante la acordada 4/2020, la Corte Suprema declaró inhábiles los días 16 a 31 de marzo de 2020 para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación. Al mismo tiempo, dispuso que los tribunales aseguren una prestación mínima de servicio de justicia.

Poco tiempo después, en función del dictado del dec. 297/2020 que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, la Corte Supre-

(50) Sobre la cuestión, es interesante mencionar la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la urgencia de una situación que habilita dictar decretos-leyes. Al respecto, me remito a lo expuesto en "Los decretos-leyes...", ob. cit., ps. 109 y ss.

ma, mediante acordada 6/2020 (51), estableció la feria extraordinaria respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020, indicando que esta se extendería por igual plazo que el que Poder Ejecutivo nacional pudiera disponer su prórroga. La feria extraordinaria fue prorrogada en distintas oportunidades (52), y con el paso del tiempo en ciertas jurisdicciones se dispuso el levantamiento de la feria judicial (53). Sin perjuicio de ello, en la acordada 6/2020 la Corte recordó las facultades privativas de los magistrados judiciales para llevar a cabo los actos procesales que no admitieran demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable. Además, estableció ciertas materias que los magistrados tenían que tener especial consideración (54). A su vez, en las acordadas 12/2020 y 14/2020 permitieron que los distintos tribunales nacionales federales que tengan a su cargo la superintendencia de cada fuero jurisdicción puedan ampliar las materias a ser consideradas por aquellos tribunales

(51) BO 26/03/2020.

(52) Acordadas 8/2020, 10/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020 y 18/2020.

(53) Acordadas 17/2020, 19/2020 y 20/2020.

(54) Se indicó que se debería tener especialmente en consideración, entre otras, las siguientes materias: “a) penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública —fundamentalmente las conductas que contravengan el sistema normativo de prevención y mitigación dispuesto por las autoridades nacionales competentes en el marco de la presente emergencia—, delitos migratorios, interrupción de las comunicaciones, delitos vinculados con el aprovechamiento de la calamidad, hábeas corpus, delitos contra las personas, contra la integridad sexual, contra la seguridad pública y contra el orden público; b) no penal: asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género, amparos —particularmente los que se refieran a cuestiones de salud—. Asimismo, la acordada 9/2020 dispuso que se habilitaría la feria para que se ordenen a través del sistema informático las libranzas que sean exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnización por despido, por accidentes de trabajo, por accidentes de tránsito y por honorarios profesionales de todos los procesos, siempre que en todos estos supuestos hayan sido dados en pago, en tanto lo permita el estado de las causas y así lo considere procedente el juez natural de forma remota.

durante la feria extraordinaria (55). Asimismo, la acordada 21/2020 suspendió durante el 2020, de forma excepcional, la feria judicial del mes de julio respecto de todos los tribunales nacionales y federales del Poder Judicial.

A su vez, cabe destacar que esta situación excepcional ha llevado a la Corte Suprema a realizar avances en el proceso de digitalización de la justicia. Mediante la acordada 5/2020 se dispuso que se extienda el horario para dejar nota digital remota, en los términos del art. 133 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, hasta las 20 horas. La acordada 11/2020 aprobó el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito de la Corte Suprema respecto de los diferentes actos jurisdiccionales y administrativos que suscriban los ministros y secretarios de la Corte. La acordada 12/2020 aprobó el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito del Poder Judicial respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial. A su vez, aprobó el procedimiento de recepción de demandas, interposición de recursos directos y recursos de queja ante las Cámaras. Finalmente, la acordada 15/2020 se dispuso que, de forma progresiva, los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual se tramitarían únicamente en forma digital.

Así las cosas, cabe precisar que el presidente de la Corte Suprema ha expuesto que “el Poder Judicial no ha quedado desarmado ni desautorizado para resolver casos, ni se ha descuidado la protección de los derechos en el marco de la crisis. Muchos tribunales funcionan ya con absoluta normalidad y otros, con restricciones, pero con amplísimas facultades para tratar no solo temas urgentes y prioritarios, sino temas ordinarios de acuerdo con las particularidades de cada jurisdicción”. Por ello, concluyó que “no puede decirse entonces que el Poder Judicial

(55) A su vez, la acordada 14/2020 aprobó el “Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria”, el “Protocolo referido a la convocatoria de funcionarios y empleados”, el “Protocolo para formular consultas en el Poder Judicial” y el “Protocolo de medidas de prevención, higiene y seguridad para el Poder Judicial de la Nación por la pandemia de Covid-19”.

haya desatendido su eminente responsabilidad institucional” (56).

Sin perjuicio de las acordadas antes reseñadas, cabe señalar que, así como es de suma relevancia institucional que el Congreso ejerza las funciones que constitucionalmente tiene asignadas, es muy importante el adecuado control judicial sobre las medidas que se están adoptando (57). Sin embargo, cabe indicar que en épocas de emergencia los tribunales han tendido a ser muy deferentes y convalidar las normas adoptadas por los poderes públicos (58). Sobre el abuso del poder de policía y el escaso control judicial, Nino señalaba que el poder reglamentario que concede el art. 14 —cuando dice que todos los habitantes gozan de ciertos derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio— “ha sido usado con considerable ligereza por los órganos políticos, contando con la consabida condescendencia de los tribunales” (59). Sin duda alguna, estamos atravesando una situación sin precedentes no solo en nuestro país sino en todo el mundo. Sin embargo, desde que en el caso “Ercolano” de 1922 se reconoció el poder de policía amplio, en particular, el poder de policía de emergencia, en Argentina hemos vivido bajo una emergencia permanente en lo económico y social. ¿Fijación de precios máximos? ¿Congelamiento del precio de los alquileres? ¿Intervención estatal en los créditos hipotecarios? ¿Suspensión de desalojos?

(56) ROSENKRANTZ, Carlos, “El Poder Judicial no abandonó sus responsabilidades”, *La Nación*, 15/06/2020 (disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-poder-judicial-no-abandono-sus-responsabilidades-nid2379506>. Consulta el 21/06/2020).

(57) Para un análisis más detallado de los alcances del control judicial de las medidas adoptadas, ver el trabajo de mi autoría “Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus”, en FALKE, Ignacio. (dir.), “La Tutela de la Salud Pública. El Derecho Procesal en Épocas del Coronavirus”, IJ Editores, Buenos Aires, 2020.

(58) En el mismo sentido, ver SCHEPPELE, Kim Lane, “North American emergencies: The use of emergency powers in Canada and the United States”, I-CON, 2, vol. 4, 2006, ps. 213-243; y más recientemente AGUILAR VALDEZ, Oscar, «¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción», LA LEY, 25/05/2020, ps. 2 y ss.

(59) NINO, Carlos S., “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 493.

Nada nuevo en Argentina. Así la Corte Suprema ha declarado constitucional la intervención en contratos de locación en el caso “Ercolano” (60), en hipotecas, en el precedente “Avico” (61), suspensión de los juicios de desalojo en el fallo “Nadur” (62); y la fijación de precios máximos a determinados productos y mercaderías en el caso “Vicente Martini” (63).

A pesar estos antecedentes, es importante destacar la importancia de controles al ejercicio de poderes de emergencia (64). Así, analizando el modo en que el Poder Judicial debe ejercer el control de constitucionalidad sobre estas normas, pueden distinguirse dos visiones. Por un lado, se podría pensar que al haberse suscitado una situación sumamente excepcional y que requiere medidas urgentes, el Poder Judicial debería ser sumamente deferente a las normas que se adopten, teniendo en cuenta que es el Poder Ejecutivo a quien corresponde declarar la emergencia y quien tiene mejor información para adoptar medidas que permitan enfrentar el coronavirus. Otra visión, tiende a considerar que como el ejercicio de facultades legislativas por parte del presidente es sumamente excepcional, hay que interpretar restrictivamente el ejercicio de dichas facultades. Si bien lo postulado en la primera visión, en cuanto a la competencia para declarar la emergencia y la mejor información que tiene el presidente para adoptar las medidas, es cierta, ello no implica que el Poder Judicial debe ser plenamente deferente a

(60) CS, “Ercolano, Agustín c. Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/04/1922, CS, Fallos: 136:161. Ver también “Ferrari, Daniel C. y otros c. Peiti, Ramón”, 28/08/1944, CS, Fallos: 199:466, y “Pereyra, Leopoldo S. c. Quintela, Víctor F”, 28/10/1946, CS, Fallos: 206:158.

(61) CS, “Avico, Oscar A. c. de la Pesa, Saúl G.”, 07/12/1934, CS, Fallos: 172:21. Ver también “Castro, Alfredo R. (sucesión)”, 22/03/1946, CS, Fallos: 204:359, y “Reynaud, Alfredo E. c. Martínez y Di Fiore”, 21/03/1947, CS, Fallos: 207:182.

(62) CS, “Nadur, Amar c. Borelli Francisco”, 15/05/1959, CS, Fallos: 243:449.

(63) CS, “Vicente Martini e Hijos, SRL Infrac. ley 12.591”, 27/12/1944, CS, Fallos: 200:450.

(64) Ver al respecto FEREJOHN, John — PASQUINO, Pasquale, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, I-CON, 2, vol. 2, 2004, ps. 210-239, ps. 228 y ss.

lo decidido por aquel. Por el contrario, cabe exigir un control intenso de estas medidas.

En este sentido, respecto de la facultad del Presidente de dictar normas con carácter legislativo, en este caso, decretos de necesidad y urgencia, la Corte Suprema ha señalado que “con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir ‘disposiciones de carácter legislativo’, sea a iniciativa propia (art. 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (art. 76, primera parte)”. Sin embargo, a continuación, afirmó que “ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan ‘decretos de necesidad y urgencia’ o ‘decretos que ejercen facultades delegadas’ (art. 100, incs. 13 y 12, respectivamente)” (65).

En atención a esta prohibición expresa, considero que corresponde interpretar restrictivamente a estos decretos. La Corte Suprema, respecto de la delegación legislativa, ha esgrimido que corresponde aplicar una “interpretación restrictiva” (66). En la misma línea, gran parte de la doctrina entiende que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción, que deben estar sujetas a un examen riguroso, o cuidadoso, o que deben ser interpretadas con carácter restrictivo (67).

(65) CS, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. EN - PEN - ley 25.414 - dec. 1204/2001 s/ amparo”, 04/11/2008, Fallos: 331:2406, consid. 9°.

(66) CS, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. EN - PEN - ley 25.414 - dec. 1204/2001 s/ amparo”, 04/11/2008, Fallos: 331:2406; “YPF SE c. Esso SAPA s/ proceso de conocimiento” 03/07/2012, Fallos: 335:1227; y “Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24/11/2015, Fallos: 338:1389.

(67) Cfr. GELLI, María Angélica, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordinadas del control de constitucionalidad”, Suplemento Constitucional, Ed. La Ley, agosto 2010, ps. 41 y ss.; DALLA VÍA, Alberto R., Control de la emergencia y la legislación delegada”, Debates de Actualidad, AADC, vol. 187, 2002, ps. 15-20; GARGARELLA, Roberto, “In Search of Democratic

A su vez, teniendo en cuenta que las normas de emergencia sanitaria han sido prorrogadas en numerosas ocasiones y, por ende, la restricción excepcional de los derechos se ha mantenido en el tiempo, debe existir una mayor intensidad del control judicial sobre aquellas normas, por lo que la deferencia a lo decidido por los poderes políticos disminuye. Esta cuestión ha sido admitida por Rosenkrantz, quien ha sostenido que cabe conceder mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia acaba de comenzar que cuando la emergencia ha estado vigente durante un significativo período de tiempo (68). En el caso de la delegación legislativa y de los decretos de necesidad y urgencia, como en el caso bajo estudio, podría decirse entonces que corresponde un control aún más restrictivo.

## V. Conclusiones

A nivel mundial, el coronavirus ha generado una crisis sanitaria sin precedentes, con secuelas tanto económicas como sociales. Nuestro país no ha sido la excepción. La emergencia tiene dos consecuencias muy importantes: por un lado, origina una restricción a las libertades, derechos y garantías individuales; por el otro, acrecienta ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano del poder, en particular el Poder Ejecutivo. ¿Esto significa que, ante

Justice - What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002”, en GLOPPEN, Siri — GARGARELLA, Roberto — SKAAR, Elin (eds.), “Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies”, Frank Cass, Portland, Oregon, 2004, p. 139; ELIAS, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, Yale Law School Dissertations, 5, 2014, p. 422; SABSAY, Daniel A., “Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY, 2010-A, p. 278; CASTRO VIDELA, Santiago M. — MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones”, Suplemento Administrativo, ED, 31/03/2017, p. 3. Más recientemente, BUTELER, Alfonso, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, LA LEY, 25/05/2020, ps. 6 y ss. En contra, BARRA, Rodolfo — LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY, 03/03/2016, ps. 1 y ss.

(68) ROSENKRANTZ, Carlos, “Romans (not the Judges) Have the Solution”, Texas Law Review, vol. 89, 2011, p. 1567.

una situación de emergencia, debemos dejar la Constitución a un lado porque sus prescripciones no sirven para combatir situaciones excepcionales? En la práctica, justamente ha sucedido esto. La separación de poderes desaparece: el Poder Ejecutivo adopta prácticamente todas las decisiones, el Congreso permanece inmóvil ante aquellas, y el Judicial simplemente convalida las medidas. Asimismo, la restricción de los derechos individuales es sumamente intensa y, lejos de ser una situación temporal, sujeta a un breve plazo, permanece vigente por mucho tiempo. Cabe entonces recordar un antiguo precedente de la Corte, en el que se expresa que “la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución” (69).

Es por ello que las soluciones a la pandemia no deben esperarse de las buenas decisiones que pueda a llegar a encontrar un presidente, sino en las instituciones. La forma más efecti-

---

(69) CS, “Compañía Azucarera Tucumana c. Pcia. de Tucumán”, 14/12/1927, Fallos: 150:150.

va de combatir la pandemia no se limita a aumentar la discrecionalidad del Ejecutivo, sino en respetar los procedimientos establecidos constitucionalmente. Holmes hace una comparación muy clara respecto de las decisiones adoptadas durante emergencias con los protocolos que siguen los médicos en situaciones de emergencia. Pone de relieve que estos últimos, aun cuando una vida está en juego, siguen estrictos protocolos de cómo actuar, que lleva tiempo su aplicación, pero evitan caer en equivocaciones. Asimismo, destaca la importancia de que aun en emergencia existan reglas y procedimientos claros, pues las reglas no funcionan siempre y exclusivamente como restricciones que inhabilitan, sino que pueden servir como pautas estables, que permiten enfocarse en el propósito, recordar los objetivos a largo plazo y los peligros colaterales que de otro modo podrían pasar desapercibidos en una crisis urgente (70). Así, el establecimiento de protocolos claros de actuación en emergencias a los que el presidente deba sujetarse podría ser una solución para limitar la discrecionalidad sin restricciones de la que el Ejecutivo goza actualmente. Referirme en forma detallada a las características y alcances de ese “protocolo de emergencia” excedería los propósitos de este artículo, por lo que lo dejo abierto para un futuro trabajo.

---

(70) HOLMES, Stephen, “In Case of Emergency...”, ob. cit., ps. 303-304.

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

www.thomsonreuters.com.ar



**info!**  
**TR**

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO ARGENTINO	
CENTRAL B	
CUENTA N° 10269FI	FRANQUEO A PAGAR



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
0810-266-4444