



LAS NORMAS REGULATORIAS DE LA PANDEMIA: ¿LEY O DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA?

Dr. Néstor P. Sagüés

PROFESOR TITULAR EMÉRITO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA.
EX PRESIDENTE DE LAS CÁMARAS DE APELACIÓN EN LO LABORAL
Y EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO

1. Introducción. Una pandemia mundial

La ampliación por el decreto argentino de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020 del estado de emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por la ley 27.541, y el posterior DNU 274/2020, prohibitivo del ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país, ampliado para los argentinos que se encontraran en el exterior, fueron preludio del DNU 297/2020, del 20 de marzo, que implantó –entre otras prescripciones– en todo el territorio nacional el «aislamiento social preventivo y obligatorio» (ASPO).¹

Este decreto estableció en sus arts. 2º y 3º –entre otras medidas– fuertes restricciones para la circulación de la personas, con controles en rutas, vías y espacios públicos, y con el deber, en términos generales, de permanecer en sus residencias habituales, en aras de combatir el flagelo del corona virus (Covid-19), declarado el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud como pandemia global.

También contempló la intervención de la justicia penal, por la eventual infracción a los arts. 205 y 239 del código punitivo, respecto de quienes infringieran lo así dispuesto. Resolvió

además, en cuanto las autoridades provinciales, municipales y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, que debían actuar como delegadas del gobierno federal, en consonancia con las previsiones del art. 128 de la Const. Nacional.²

Esas prescripciones fueron complementadas y modificadas por una serie de DNU y decisiones administrativas de inferior rango, las que construyeron una compleja y fluctuante telaraña normativa en el tema, no siempre armónica ni coherente consigo misma. El DNU 641/2020 moduló al 297/2020 e instrumentó también el «distanciamiento social, preventivo y obligatorio» (dispo), con la prohibición o restricción, según los casos, de una serie de actividades colectivas como eventos culturales, recreativos, religiosos, deportivos y familiares. En la esfera provincial y municipal se han pronunciado igualmente una serie de normas complementarias, que rigen en el ámbito respectivo.

2. Las restricciones a los derechos. ¿DNU o ley? Exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los temas fundamentales a dirimir en un hábeas cor-

pus articulado contra una medida restrictiva de la libertad, implementada por un DNU, es sobre si este instrumento es válido para así hacerlo. De hecho, se lo ha empleado habitualmente en materia de la pandemia que comentamos. El asunto merece dos visualizaciones.

a) *Mirada nacional.* Los DNU, que atienden a materias de índole legislativa pero asumidas por el Poder Ejecutivo, fueron previstos en la reforma constitucional de 1994 como instrumentos que operan *cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes* (art. 99 inc. 3º). El texto constitucional contiene ciertas disposiciones sobre su origen y trámite, pero la cláusula que citamos concluye en que 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.*

Es cierto que existen serios debates en el derecho constitucional argentino, respecto de la oportunidad para la emisión de los DNU. Una corriente restrictiva los limita a una real situación de estado de necesidad que impida funcionar al Congreso, ya sea *de jure* (por receso, aunque esto podría obviarse por la convocatoria ejecutiva a sesiones extraordinarias), ya sea *de facto* (por imposibilidad material de hacerlo: v. gr., graves disturbios, interrupción de las vías de transporte, desbordes climáticos, guerra interna o externa, etc.); o también, aun encontrándose en sesiones el Poder Legislativo, cuando esa misma necesidad exija imperativamente adoptar una medida de tipo legislativo pero de inmediato, vale decir, instantáneamente, ahora mismo, sin posibilidad de dilatar su emisión para mañana. Esta posición autoriza al DNU, en resumen, ante el excepcional, efectivo e indudable caso de tenerse que pronunciar normas inevitables, impres-

cindibles e impostergables, siempre que en ello estuviere en juego la funcionalidad mínima del Estado, su supervivencia, o la de la comunidad. Nos hemos inclinado a tal criterio.³

Otra tendencia, proveniente de un sector del derecho administrativo, en cambio, es mucho más permisiva. No exige la presencia de un fuerte estado de necesidad (se conforma con la aparición de circunstancias «no habituales»), e incluso sostiene que la reforma constitucional de 1994 abrió nuevas instancias legislativas para el presidente, asociándolo aun más a las tareas nomogénicas del Estado. Vale decir, que el Presidente podría legislar mediante los DNU cuando entendiere que debe emitir –ya– una norma con contenido de ley, quedándole al revés, al Congreso, y como competencia exclusiva de él, la atribución de confirmarla o derogarla. En otras palabras, según este punto de vista (afortunadamente no prevaleciente y no compartido hasta ahora por nuestra Corte Suprema), a través de un DNU el Jefe de Estado puede «forzar el tratamiento» por el Congreso, de una propuesta legislativa suya, en el marco de un nuevo «diálogo» entre las Cámaras y el Poder Ejecutivo.⁴

La ley nacional reglamentaria de los DNU, 26.122, determina que rigen desde su publicación en el Boletín Oficial, y en los términos dispuestos por el código civil. Añade que las Salas del Congreso se expiden sobre ellos por «resoluciones» de cada una de ellas (art. 22). No se pronuncian, por tanto, mediante el trámite una ley. Para resolver la «derogación» (sic) de un DNU, se precisan las resoluciones acordes de las dos cámaras (art. 24, ley cit.). Consecuentemente, un DNU aprobado por una Sala ya tendría (de acuerdo con aquella ley) respaldo jurídico legislativo suficiente, dado que aunque la otra lo rechazara, seguiría en vigor. Tal reglamentación legal la hemos reputado inconstitucional: la aprobación de

una sola cámara no significa convalidación de todo el Congreso, que en este caso requiere un acto complejo (o si se prefiere, dos actos coincidentes), protagonizado por ambas salas.⁵ Y al revés: debería bastar el rechazo de una Sala, por tanto, para entender que no hay voluntad del Poder Legislativo en aceptar un DNU. De mediar ese rechazo unicameral explícito, el mismo DNU tendría que fenecer; ya que no ha obtenido la convalidación de, reiteramos, todo el Congreso.

En el problemático caso de la pandemia desatada en 2020, muchos DNU fueron aprobados (y por fuerte mayoría, algunas veces por unanimidad) por el Senado, en sesiones realizadas, por ejemplo, el 11 de mayo y el 23 de julio⁶. No tenemos información precisa por parte de la Cámara de Diputados, en la que conste su también aprobación.

En síntesis, a mediados de agosto de 2020, los DNU declarativos y regulatorios de las restricciones a los derechos constitucionales en ocasión de la pandemia global, se encuentran en vigencia, según el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional y la ley reglamentaria 26.122. Doctrinariamente se ha reconocido por muchos –en cuanto los primeramente emitidos– su legitimidad intrínseca, ante un comprobado estado de emergencia⁷, aunque hay voces que ahora cuestionan especialmente a algunos de ellos, mas recientes, por sus ocasionalmente exageradas restricciones, v. gr. en particular el 641/2020, cuando prohíbe en todo el país realizar reuniones familiares. También, por haberse modificado arbitrariamente el presupuesto nacional (DNU 457/2020), autorizando en parte su manejo discrecional por el Poder Ejecutivo. Legislativamente, cabe destacarlo, ninguna Sala del Congreso se ha pronunciado por la derogación de alguno de ellos.

b) *Mirada internacional*. Claro está que aparte de la visua-

lización constitucional de dichos DNU, existe otro ángulo de observación, desde el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 30 alude a las restricciones a los derechos proclamados en dicho instrumento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la referida Convención, ha entendido en su Opinión Consultiva 6/86, párrafo 35, que las limitaciones aludidas deben ser decididas por *ley formal*, esto es, por un acto normativo emanado del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder Ejecutivo, única vía que permite el debate parlamentario y la argumentación democrática de mayorías y minorías para sancionar esa norma. En cuando su contenido, agrega el tribunal regional, debe estar al servicio del bien común.

Es del caso alertar que el párrafo 36 de la aludida Opinión Consultiva añade una excepción significativa, al decir que *Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención*. Este párrafo permitiría admitir las restricciones dispuestas por decretos «delegados», en virtud del art. 76 de la Const. Nacional, bajo las condiciones predichas.

Conviene destacar que en su declaración del 9 de abril de 2020, expedida ante la pandemia global provocada por el corona virus, la Corte Interamericana subrayó que las medidas

que los Estados adopten para hacer frente a dicho flagelo, a más de ser limitadas en el tiempo, tenían que ser «legales» (a su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al día siguiente, subrayó en su resolución 1/2020, del 10 de abril, que debían cumplir con el «principio de legalidad», también llamado por muchos «de reserva de ley»).

3. Proyecciones para los DNU argentinos

En resumen, desde la perspectiva internacionalista, proyectándola para el caso argentino, las normas nacionales reductoras de derechos personales emanados del Pacto de San José de Costa Rica, a más de satisfacer el recaudo de la transitoriedad, tienen que provenir de una ley formal, o en el mejor de los casos de una ley aprobada (en particular) por comisiones parlamentarias en los términos del art. 79 de la Const. nacional, o también, –en última instancia– de un decreto delegado (o sea, pronunciado mediante previa delegación por el Congreso, previo el debate deliberativo del caso) emitido de conformidad con el art. 76 (cláusula que menciona, explícitamente, supuestos de emergencia pública). De no satisfacerse estos recaudos, el DNU argentino, prima facie, resultaría *inconvenional*. Y este lineamiento jurisprudencial es obligatorio para el Estado argentino, de acuerdo con la doctrina del control de convencionalidad.⁸

Los decretos de necesidad y urgencia aludidos por el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional no se encuentran explícita ni implícitamente abarcados por la mencionada OC 6/86 de la Corte Interamericana, como posibles normas válidas restrictivas de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica. Ante ello, caben dos opciones:

a) reputar el silencio como negación, y por ende, concluir que los DNU son, en ese tema, inválidos. Su nulidad provendría, básicamente, primero porque no están aludidos como normas habilitantes de restricciones por la OC 6/86 (argumento a contrario sensu: si no son mencionados, ello quiere decir que no son aceptados: *inclusionem unius, fit exclusio alterius*). Segundo, porque pese a su importancia como instrumentos restrictivos de derechos (en el tema que nos ocupa), no son producto de un proceso democrático normal de gestación de leyes, ni de una delegación del Congreso en sus comisiones (art. 79 de la Const. nacional), ni tampoco, al menos, de una delegación del Congreso democrático en el Poder Ejecutivo (art. 76 de la Const. nacional, para supuestos de «emergencia pública»).

b) *entender al silencio como abstención*. En tal hipótesis, se considera que hay vacío jurídico de tipo histórico («laguna normativa»), y que el legislador, o el autor de la directriz jurisdiccional obligatoria, omitió normar. En otras palabras, que la Corte Interamericana, en la OC 6/86, no se habría ocupado de los DNU eventualmente pronunciados por la presidencia de la Nación, cuando el Congreso no puede materialmente reunirse, o cuando la urgencia fuera tal que no resulta racionalmente posible esperar el trámite constitucional normal de la elaboración de una ley.

El silencio-abstención debe cubrirse por vía de «integración» (más que por «interpretación»)⁹ En ese trabajo, el operador podría inicialmente concluir que tales decretos son ideológicamente incompatibles con el presupuesto axiológico democrático que debe legitimar en lo formal la sanción de una norma restrictiva. Ante tal constatación, el silencio de la Corte Interamericana, conduciría por esta vía integrativa, también a la negación.

No obstante, si se admitiera que en la OC 6/86, o en el mismo art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), hay silencio normativo o vacío lagunoso respecto de los DNU cuando resulta imposible que el Congreso funcione o que lo haga con la prontitud instantánea para emitir una ley imprescindible e impostergable, el jurista integrativo, reputando al silencio como mera abstención (y no rechazo), podría cubrir la laguna convencional elaborando la norma faltante de un modo sensato y útil, pero siempre conformada con el indispensable ingrediente democrático a que alude la Corte Interamericana en aquella OC. A tales fines, podría por ejemplo admitirse el DNU, pero sometido a la más inmediateamente posible convalidación por el Poder Legislativo (esto es, por todo el Poder Legislativo), bajo condición resolutoria, previendo la conclusión del decreto si no es ratificado en un lapso breve, apenas el Congreso o Asamblea representativa pueda sesionar.

En el caso argentino, para compatibilizar o conformar el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional con el art. 30 de la CADH y la OC 6/86 de la Corte Interamericana, habría entonces que realizar una interpretación mutativa por adición en el art. 99 inc. 3° de la Constitución,¹⁰ y modificar la ley 26.122, adaptándola de este modo: para el caso particular de restricción de derechos emergentes de la CADH, solamente podrá emitirse un DNU en situaciones excepcionalísimas propias de un estado de necesidad genuino y grave, en las que el Congreso no pueda funcionar o no pueda emitir de inmediato una norma imprescindible e impostergable para enfrentarlo. El DNU perderá vigor automáticamente, y no podrá repetirse por otro similar, si no es aprobado por ambas Cámaras dentro de los quince días posteriores a cuando pueda materialmente sesionar, convocado a sesiones extraordinarias si estuviere en receso.

Esto importaría un aceptable autocontrol de convencionalidad *constructivo o positivo*, practicado por el mismo legislador,¹¹ respecto de un instituto, el DNU, que *prima facie* no guardaría correspondencia con el art. 30 de la CADH ni, de manera más concreta, con la OC 6/86. El rescate se lograría con la «democratización» de los DNU, en los términos sugeridos.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe conjeturar que en Argentina puede hablarse de un doble pecado jurídico –por omisión– perpetrado por sus órganos legisferantes. Por un lado, un pecado constituyente, al no tener debidamente en cuenta la convención de 1994, al sancionar el nuevo art. 99 inc. 3° de la ley fundamental, las directrices de la OC 6/86 de la Corte Interamericana; y por otro, por iguales motivos, un *pecado legislativo*, al dictar el Congreso la ley 26.122. Con espíritu de contrición y serio propósito de enmienda, los operadores actuales pueden, no obstante, purificar esas faltas mediante una penitencia interpretativa que amolde lo que tenemos con la CADH y la doctrina de la Corte regional.

4. ¿Poder de policía o estado de sitio? El control jurisdiccional

Algunas voces han entendido que las restricciones a los derechos constitucionales dispuestas por los DNU relativos a la pandemia, tendrían que haberse instrumentado mediante la declaración del estado de sitio.¹² El art. 23 de la Const. Nacional lo programa para casos de «conmoción interior y ataque exterior». Durante el mismo, quedan «suspensas las garantías constitucionales». El Presidente puede arrestar personas, trasladarlas de un sitio a otro del país, salvo que prefiriesen salir del territorio argentino. Pero no está habilitado para condenar ni aplicar penas, según reza el mismo artículo.

Fuera del supuesto de ataque exterior, que no se da en la pandemia, la idea de «conmoción interior» no resultaría estrictamente aplicable, ya que no se han dado casos significativos de perturbación del orden (insurrección, disturbios, saqueos, incendios, atentados armados, sedición o fenómenos análogos), a raíz de la pandemia, que autorizarían a pronunciar el estado de sitio, según la tradición constitucional argentina.¹³ Por ello, el uso del poder de policía, en este caso particular en su versión de policía sanitaria, ha sido más pertinente. La jurisprudencia de nuestro país en torno a dicho instituto, es suficientemente amplia como, siempre en principio, autorizar ahora su empleo para restringir derechos de transitar, comerciar, ejercer industrias lícitas, trabajar, etc.¹⁴ Por supuesto, los actos del poder de policía, como los aplicados durante el estado de sitio, deben hallarse sometidos a un adecuado control judicial de constitucionalidad, válvula sistémica de seguridad ante la tentación del desborde de poder del ejecutivo, o de su impericia para enfrentar la crisis de modo razonable.¹⁵ Para ello, y de modo específico, tanto el hábeas corpus como el amparo pueden vehiculizar con provecho tal revisión, cada uno en su esfera respectiva. Hemos resumido que dicho test es triple: a) normativo (correspondencia entre el DNU o norma derivada, con la Constitución, tanto en su dimensión normativa propiamente dicha como en la ideológica que inspira a la primera); b) técnico (la norma restrictiva debe guardar un nexo de causalidad con la pandemia, y ser razonable en su eficacia como herramienta para enfrentarla adecuadamente, como en su intensidad y duración. Incluye una fiscalización de no exageración y proporcionalidad); c) *axiológico* (la regla limitativa debe ser intrínsecamente justa, en función del bien común o bienestar general, y equitativa en su aplicación al caso concreto. No son constitucionales las normas o actos de ejecución absurdos, aberrantes o inicuos)¹⁶. ■

CITAS

¹ Sobre el principal aparato normativo regulatorio de la pandemia, en Argentina, ver Novo, ENRIQUE F., *Consideraciones constitucionales sobre el poder de policía sanitario*. Prólogo de M. Sofía Sagüés, Córdoba, 2020, Lerner, pág. 43 y ss.

² El art. 128 de la Const. Nacional dispone que «Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación». No es una norma muy frecuente en el federalismo constitucional comparado. Al decir de Alberdi, esta cláusula procuraba evitar evasiones e incumplimientos por parte de las autoridades provinciales, respecto de normas emanadas del gobierno federal. Plantea el dilema, para un gobernador provincial, de tener que obedecer una orden federal aunque la reputa violatoria de las autonomías provinciales. Para Sarmiento, aquella cláusula podía convertir e los gobernadores provinciales en títeres de la autoridad federal: cfr. Sarmiento Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, 1929, ed. América Unida, p. 153 y ss.

³ Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2017, Astrea, t. 2 p. 402. Una corriente más restrictiva entiende que si el Congreso está formalmente en sesiones, y por ende no está en receso, el Poder Ejecutivo no podría haber dictado un DNU sobre la emergencia. Ver Buteler Alfonso, *La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria*, La Ley 25/05/20. y ss.

⁴ Cfr. BARRA, RODOLFO C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires 2016, Astrea, t. 2 p. 435 y ss.

⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 2 ps. 404-5.

⁶ CASSAGNE, EZEQUIEL, El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el Covid-19. La Ley, 02/06/2020, *LLonline AR/DOC/1735/2020*.

⁷ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La pandemia de Covid-19. Desafíos democráticos y limitaciones constitucionales. Es una emergencia indiscutible*, La Ley 18/05/20; Cassagne Ezequiel, ob. y p. cit.

⁸ No debe olvidarse que según la OC 21/14, párr. 31, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que sus opiniones consultivas deben ser seguidas por los operados nacionales de todo tipo. Constituyen, por ende, «material controlante» a los fines de realizar control de convencionalidad.

⁹ En la interpretación, el operador maneja una norma preexistente. En la integración, no hay norma, sino vacío de norma, que debe ser cubierta por el operador. Desde luego, el mismo tiene en esta última mayor aptitud potencial, incluso nomogenética. Sobre las modalidades de la integración nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada, 2ª. ed. 1ª reimpresión, México 2017, Porrúa, p. 159 y ss.

¹⁰ La interpretación mutativa deja al texto de la norma intacto, pero altera su contenido, agregándole o quitándole algo. Nos remitimos a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., p. 56 y ss. En el caso de los DNU restrictivos de derechos emergentes de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, habría que añadirle al contenido del art. 99 inc. 3º de la Const. nacional, la exigencia de la convalidación expresa por ambas cámaras del Congreso en un plazo breve, para conciliar la conformidad de los DNU con la OC 6/86 de la Corte Interamericana.

¹¹ El control de convencionalidad puede y debe ser aplicado, incluso de oficio, por el órgano legislativo, ya que también versa, indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la emisión y la aplicación de normas nacionales (caso *Gelman 2*, marzo 20 de 2013, párr. 69). El

control de convencionalidad puede ser *represivo o constructivo*. El represivo persigue inaplicar (y llegado el caso, derogar), reglas y prácticas locales opuestas al derecho internacional de los derechos humanos. El constructivo, a amoldar, reciclar, adaptar y modificar las mismas normas internas, conforme con el predicho derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., ps. 345, 352.

¹² Ver sobre el tema Díaz Lacoste, Alejandro, *Covid-19. El resguardo del estado de derecho ante el estado de pandemia*, La Ley 05/05/20.

¹³ Nos remitimos a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 2 p. 583.

¹⁴ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 3 p. 697 y ss. Durante la emergencia: *Ibidem*, t. 2 p. 702 y ss.

¹⁵ Sobre la relevancia de un adecuado control judicial de la emergencia, cfr. YLARRI, JUAN S., *La erosión democrática en los tiempos del corona virus. Discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial*, *Revista de Derecho Administrativo*, 2020-I-30, *LLonline AR/DOC/2264/2020*. En cuanto el tema, cfr. también Vergara, Esteban, *Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del Covid-19*, *El Derecho*, 11/05/20.

¹⁶ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 3 p. 702.