

EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN ARGENTINA POR LA EMERGENCIA SANITARIA

Sergio DÍAZ RICCI*

Los primeros días del mes de marzo llegan a Argentina alarmantes noticias del virus Covid-19: la gran velocidad de propagación de contagios y su alta tasa de morbilidad en adultos mayores. Entonces recién acababa de iniciarse el ciclo escolar anual. Aunque durante la segunda semana del mes de marzo comienzan a adoptarse, con algunas vacilaciones, las primeras medidas de prevención tanto por los estados locales (en Argentina llamamos, *provincias*) como por el gobierno federal, las decisiones más importantes se tomaron a partir del 19 de marzo.

Las recomendaciones médicas coinciden de manera uniforme que, no existiendo una vacuna para la prevención ni medicación probada para su tratamiento, el aislamiento personal se recomienda como única medida preventiva para contrarrestar la rápida expansión y sus consecuencias letales. Esta medida de prevención consistió en el inmediato aislamiento (confinamiento es expresión usada en España, o reclusión en otros) obligatorios de la población en sus lugares de residencia. En Argentina fueron dos razones que llevaron a la adopción de esta decisión extrema: (a) evitar los contactos personales para dificultar el contagio y la velocidad de expansión de un virus cuyas características había gran incertidumbre, (b) la falta de capacidad del sistema hospitalario para atender el impacto de un aumento inesperado de cuidados intensivos en los establecimientos sanitarios. Téngase en cuenta que en Argentina se brinda atención gratuita en todos los hospitales públicos a cualquier persona que lo requiera sin exclusiones y, también, que todo el sistema público de salud está a cargo de los estados provinciales.

* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario. Doctor en Derecho Univ. Complutense de Madrid. Catedrático de Der. Constitucional de Univ. Nacional de Tucumán (Argentina). Miembro correspondiente de las Academias Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y Nacional de Derecho de Córdoba. Director del Instituto de Der. Parlamentario y de la Cátedra Libre de Der. Parlamentario UNT. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

El punto neurálgico de toda esta problemática está dado por el “aislamiento obligatorio” de las personas que conlleva la inmovilización forzosa en sus lugares de residencia. A partir de esta imposición se generan una serie de consecuencias (suspensión de la actividad laboral, del transporte, de producción, comercio, transferencias comerciales, etc.) que también deben ser atendidas.

Vamos a exponer las herramientas normativas que aplicó Argentina para llevar adelante la medida restrictiva central: el “aislamiento social preventivo obligatorio” (en adelante, ASPO) y otras medidas concomitantes.

Dos datos constitucionales hemos de tener en cuenta. Primero, la Constitución argentina (en adelante CA) contiene un solo tipo de estado de excepción (el estado de sitio) únicamente en manos del Estado federal (las provincias carecen de una institución análoga pues están impedidas de hacerlo),¹ que en este caso no se aplicó. Segundo, la distribución de competencias federales le asigna a las provincias el poder de policía y gestión en materia de salud pública.

En relación a lo primero, las constituciones más modernas contemplan varias modalidades para regular diversos casos de excepción (España, Perú, Chile), es decir, para encauzar estas situaciones extraordinarias las normas constitucionales establecen un gradiente de potestades especiales a los gobiernos y de correlativas restricciones a los derechos. En Argentina, la Constitución contempla un solo tipo de estado de excepción de antigua data: el estado de sitio, regulado en el art. 23 CA,² en manos del gobierno federal: debe ser declarado por ley del Congreso, y, excepcionalmente, por el presidente en caso de receso de aquél. El efecto de esta declaración es la restricción de aquellos derechos constitucionales contrapuestos a la finalidad de orden perseguida porque se faculta al presidente a detener a ciertas personas, siempre que éstas no decidan salir del país (siempre queda habilitado el habeas corpus, o sea, permite un control judicial amplio). Esta figura no fue aplicada en Argentina para esta pandemia. Por un lado, porque no se daban las condiciones establecidas por la Constitución y, por otro, el recuerdo fresco de la dictadura y de gobiernos *de facto* y *de iure* del pasado que hicieron un uso fraudulento del estado de sitio, genera rechazo social.

¹ Por ejemplo, la Constitución de Tucumán: *Ningún poder de la Provincia podrá suspender la vigencia de las garantías constitucionales* (art. 6).

² Art. 23 CA: “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, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales” (conc. art. 75 inc. 29 y 99 inc.16) y art. 43 in fine (conc. art. 4 de la ley 23.098/84).

En segundo término, resulta capital para entender el sistema de fuentes en esa materia, tener presente que en Argentina como Estado federal, la salud pública está en manos de las provincias a cuyo cargo está el control del sistema sanitario (matrícula de médicos y otros profesionales de la salud, supervisión de clínicas privadas, consultorios y laboratorios, y toda la gestión de centros sanitarios públicos, etc.) y el sostenimiento de todos establecimientos y hospitales públicos con el presupuesto provincial.³ La Argentina carece de una legislación federal sobre la salud de tipo general⁴ como la Ley General de Salud de México de 1984 o de en cierto modo como Brasil, por tanto, se enfrentó esta pandemia sin herramientas normativas de gestión o de coordinación nacional para esta pandemia. Las medidas sanitarias de prevención por esta pandemia se instrumentaron a través de leyes *ad hoc*.

Pero debemos aclarar que esas leyes *ad hoc* no fueron sancionadas por el Congreso sino Decretos-Ley dictados por el Presidente. Este tipo de leyes-medidas está autorizadas por la Constitución y reciben en Argentina el nombre de Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU). Los DNU (*Maßnahmen*) tienen rango de ley, son normas legales en sentido material dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN), admitidos por algunas constituciones provinciales.

Para hacer frente al ritmo vertiginoso y apremiante de la propagación del Covid19, el PEN dictó una batería de DNU que fueron replicados a nivel provincial con DNU o Decretos de los gobernadores.

Aquí se encuentra el *quid* para exponer el sistema de fuentes del derecho aplicado en Argentina para la pandemia, regido por el principio de distribución competencias. Las medidas de confinamiento sólo se justifican por razones sanitarias, pero resulta que esta competencia es provincial. Sin embargo, las características de la pandemia demandaron una acción rápida

³ En el mismo sentido, son competencia provincial el sistema educativo y la gestión de los establecimientos escolares públicos de educación básica (inicial, primaria y secundaria) y sólo deben adecuarse al patrón común fijado por la ley nacional de bases de la educación (Ley 26.206/06).

⁴ Hay muy pocas leyes de alcance (a) general como la Ley N° 22.373/1981 de creación del Consejo Federal de Salud órgano de coordinación integrado por los ministros de salud de todas las provincias coordinado por el Ministro de Salud federal; (b) sectorial como: a) en materia alimentaria: DNU 108/2002 de Emergencia Alimentaria Nacional (con sucesivas modificaciones y prórrogas); Ley 25.724/2003: Programa de Nutrición y Alimentación Nacional; Ley 27519/2017 de Emergencia Alimentaria Nacional; Ley 27.519/2019, Prórroga Emergencia Alimentaria Nacional; b) Derechos del Paciente Ley 26.529/2009; c) Prevención de Pandemia de Influenza. Decreto PEN N° 644/2007 de creación de la Unidad de Coordinación General del Plan Integral (del que se sirvió el DNU 260/20 y su modificatoria DNU 287/20). Excluimos aquí los temas relativos a obras sociales y sus prestaciones.

y uniforme que abarque todo el territorio nacional, por esta razón hubo consenso político que la iniciativa normativa parta del nivel federal, sea receptada luego por los niveles provinciales. Algunas provincias, en un primer momento, hicieron remisión de atribuciones al nivel federal, defiriendo a la autoridad federal la coordinación unificada inicial —sin perjuicio que las provincias y municipios adopten, además, medidas adicionales— al interno de cada territorio provincial. En un segundo momento, pasados los primeros treinta y cinco días, las provincias fueron recuperando las atribuciones de gestión y control local del aislamiento y la gradualidad y segmentación de la apertura (desescalada, en terminología usada en España) de las diferentes actividades productivas, comerciales, sociales, etc.

Entre el “estado de sitio” de restricción intensa de derechos en casos de extrema anormalidad (art. 23 CA) y el poder de policía ordinario de regulación de derechos en situaciones normalidad (art. 14 y 28 CA) existe un *tertium genus* llamado “estado de emergencia”. Se entiende por estados de emergencia aquellas situaciones imprevistas y extraordinarias que establece un *status* excepcional y transitorio dispuesto por ley del Congreso que autoriza una restricción temporal del ejercicio de algunos derechos, generalmente en materia contractual, económico-financiera o laboral. Precisamente, la Constitución quiere que estas situaciones excepcionales encuentren solución dentro del marco normativo constitucional.⁵ La Reforma constitucional de 1994 ha contemplado la posibilidad de reglar estas situaciones excepcionales a través de una delegación legislativa al poder ejecutivo hecha por ley del Congreso (art. 76 CA). La delegación requiere, entonces, una ley formal de Congreso que, además de formular una declaración expresa de la emergencia indicando el ámbito, materia u objeto en estado en emergencia, debe establecer las bases de la delegación y un plazo razonablemente breve de duración.

También la reforma de 1994 ha posibilitado al Presidente dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, emitidos *motu proprio*, para asumir facultades legislativas del Congreso cuando “*circunstancias excepcionales* hicieren imposible seguir el trámite ordinario... para la sanción de las leyes” debiéndose cumplimentar una serie de condiciones materiales y formales.⁶ Esta

⁵ Véase Kägi, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)* (trad. J. Reyven- S. Díaz Ricci), Madrid, Ed. Dykinson, 2005, p. 158.

⁶ La Constitución fija ciertas pautas para el ejercicio de sometiéndola a una serie de condiciones establecidas por ley 26.122/06: (A) fáctico-materiales: cuando circunstancias excepcionales hacen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los

facultad reconocida al PEN no es de uso ordinario ni normal, la Constitución formula un dictorio general y liminar: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99 inc. 3 CA).⁷ Corresponde, entonces, subrayar que el DNU es una herramienta normativa con rango de ley en sentido material en manos del PEN motivado por una razón de una urgencia, como sustituto, por “circunstancias excepcionales”, a la ley formal cuando no puede aplicarse el procedimiento normal de sanción bicameral por el Congreso.

Vamos a detenernos en los DNU porque, precisamente, es la fuente normativa principal en la pandemia. La excepcionalidad por urgencia del DNU no se relaciona con un “estado de emergencia” en el sentido arriba señalado,⁸ sin embargo, en los DNU Covid-19 confluyeron ambas situaciones: razones de urgencia, por un lado, y un “estado de emergencia”, por el otro.

Narraremos los hechos que justifican plenamente el dictado de los DNU: La declaración de “pandemia” por la OMS (11 de marzo) y las alarmantes noticias que provenían de Italia y España, sumadas a la aparición de algunos casos en el país⁹ (al 18 de marzo: 97 casos de infectados en 11 jurisdicciones y tres muertes), activaron la alarma y llevó al PEN a tomar la iniciativa frente a la fenomenal fuerza de propagación del virus y a dictar

partidos políticos, (B) requisitos formales: (1) acuerdo general de ministros refrendado con el jefe de gabinete de ministros. (2) dentro de los 10 días el DNU pasa a dictamen de una Comisión Bicameral Permanente integrada por 16 miembros (8 senadores y 8 diputados, en la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara); (3) pasados 10 días, con o sin despacho de esa comisión, las Cámaras deben abocarse de inmediato al tratamiento del DNU a través de respectivas resoluciones de aceptación o rechazo con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de ambas cámaras, mientras esto no ocurra el DNU mantiene plena vigencia. Con la intervención del Parlamento se da cumplimiento con la interpretación de la Corte Interamericana de DDHH, del concepto de ley en la Opinión Consultiva N° 6/86, precisamente, en materia de restricciones de derechos aludidas en el art. 30 de la Convención Interamericana sobre DDHH.

⁷ En cierto que desde que la Reforma de 1994 todos los presidentes hicieron uso y abuso de los DNU, desde entonces dictaron 756 DNU, el mayor número en épocas de crisis (Menem, Duhalde, Kirchner). Véase (Consulta 02.06.20) <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1454>.

⁸ Sirva como ejemplo el reciente el DNU 214/20 (del 04/03/20) que modificó un artículo de la Ley 25.520 de inteligencia nacional, fue dictado por motivos de urgencia, sin razones de emergencia. Véase Perez Hualde, Alejandro: “La urgencia en el marco de las emergencias” en AA.VV. (Dir. Pascual Alferillo), *La crisis del coronavirus y el derecho argentino*, Bs. As., Latam-IJ editores, 2020.

⁹ El primer caso fue confirmado el 03 de marzo 2020.

el día jueves 19 de marzo¹⁰ a las 21.00 hs. medidas drásticas de inmediato cumplimiento a través del DNU 297/2020 que dispuso a partir de las 24.00 de ese día —es decir, para tres horas después— la prohibición de circulación y aislamiento social preventivo y obligatorio y otras medidas accesorias, que se hicieron efectivas, entonces, desde la 00.00 hs. del día siguiente (viernes 20 de marzo).

Como apreciación fundamental previa: ninguna orden de aislamiento social preventivo puede ser verdaderamente efectiva en todo el territorio del país sin la aceptación voluntaria de las personas, porque cualquier medida coercitiva de este tipo, sea de estado federal o del provincial, sin contar con asentimiento social es imposible de lograrse. No bastarían todas las fuerzas de seguridad y policiales, federales y provinciales, para forzar el acatamiento generalizado de la medida. Por cierto, tampoco se puede ignorar que el miedo a la muerte, ante un virus que no tiene cura, actúa como acicate vital.

Este DNU 297/20 —que había tenido un precedente vacilante en el DNU 260/20 del 13/03/20— es novedoso porque por primera vez el PEN por razones de urgencia dicta un DNU que declara el estado de emergencia sanitaria. No había antecedentes de DNU de esta naturaleza. No existe ninguna duda sobre la justificación de esta decisión fundada en el consenso científico¹¹ que la medida apropiada para contrarrestar la propagación de la epidemia es el aislamiento social. Esta extrema decisión, fundada en razones de naturaleza sanitaria, impacta directamente sobre el derecho de circulación con intensas restricciones que repercuten sobre muchos órdenes de la actividad social y económica. No se aplicó el estado de sitio ni la delegación legislativa de emergencia por ley del Congreso porque, precisamente, ni Senado ni la Cámara de Diputados hubieran tenido tiempo suficiente para sesionar sin riesgos.

El PEN hizo uso del DNU, normas de rango de ley, por legítimas razones de urgencia, para declarar el estado de emergencia sanitaria-epidemiológica, disponiendo medidas adecuadas. En conclusión, se afrontó la pandemia a

¹⁰ Esta decisión precoz había sido consensuada durante la tarde con todos los gobernadores, sin dar tiempo para la movilización de las personas como ocurrió en otros países donde el gobierno anticipó que el inicio de la medida de confinamiento comenzaría en dos o tres días, lo que provocó una fenomenal circulación durante ese plazo. En Argentina esta situación se hubiera producido con seguridad porque ese fin de semana era largo pues el lunes 24 de marzo era día feriado (memoria del golpe de 1976 que instauró la dictadura).

¹¹ El Poder Ejecutivo reunió un Comité de expertos en epidemiología (de ocho miembros) para recibir y guiarse por sus opiniones médicas, imitando el ejemplo de Francia (al gobierno alemán los lo aconseja la *Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina - Nationale Akademie der Wissenschaften*, con la guía de por Christian Drosten, jefe de Virología del hospital berlinés de La Caridad), luego seguido por Italia, Estados Unidos.

través de leyes en sentido material, es decir, instrumentos legales atribuidos al Poder Ejecutivo, justamente, para ese tipo de ocasiones por la Constitución.

Es un hecho que con ocasión a esta la pandemia el Poder Ejecutivo Nacional asumió un protagonismo central a través del dictado de 28 DNUs, hasta fecha, pero la atención y reproche hay que redirigirlos hacia el Congreso nacional que tardó casi dos meses en sesionar y hacia el Poder Judicial federal que dispuso una feria judicial que dura hasta ahora, cuando más intensamente hace falta su función de control.

Como señalé mas arriba, al comienzo se actuó con cierto desconcierto. El día jueves 12 de marzo el PEN dictó el DNU 260/20, cuyo un primer artículo ampliaba el objeto y el plazo de una ley de emergencia dictada el 21 de diciembre del 2019 por el Congreso (Ley 27.541 sobre emergencia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social) y en las siguientes disposiciones se advierte cierta vacilación pues, de hecho, sólo adoptó una medida contundente: la suspensión de vuelos internacionales proveniente de “zonas afectadas” (art. 9) y las demás acciones fueron de carácter netamente precautorio: v.g. el deber de permanecer aislados durante 14 días quienes sean “casos sospechosos” (art. 7). Este DNU 260/20 nos desafía a un discernimiento interpretativo, para lo cual es necesario hacer una discriminación de sus disposiciones: por una parte, el art. 1 sería una extralimitación inválida por carecer competencia el PEN para ampliar una delegación legislativa *vis-à-vis* al art. 76 CA; y, por otra parte, las restantes disposiciones entenderlas como parte de un DNU propiamente dicho, sin objeciones a su validez.¹²

La semana siguiente, se da a luz la fuente normativa central. El Presidente dicta el DNU 297/20 el jueves del 19 de marzo 2020 que constituye el instrumento jurídico central. Por un lado, porque cumple un efecto convalidatorio¹³ y, por el otro, es un desarrollo complementario del DNU 260/20,¹⁴ perfectamente válido por las circunstancias excepcionales generadas por la urgencia que, evidentemente, impedían el trámite normal de sanción legis-

¹² Llama la atención que este Decreto *sui generis* fue aprobado por la Comisión Bicameral Permanente de Trámite legislativo, sin observaciones, y por el Senado en su sesión del 13/05.

¹³ Convalidatorio del art. 1 que es objetable porque el PEN no puede ampliar el objeto ni el plazo de una ley de delegación dictada por el Congreso en el marco del art. 76 CA; por añadidura esa ley de delegación en materia sanitaria se circunscribe a temas alimentarios y de medicamentos, ajenos a una situación de pandemia, es decir, se ampliaba indebidamente la más acotada emergencia sanitaria dispuesta como delegación por la Ley 27.541 (Caso *San Luis c/Estado Nacional*, Fallos: 326:417; Caso *Colegio Público de Abogados c/PEN*, Fallos 333:633).

¹⁴ De cualquier modo tanto el *sui generis* DNU 260/20 como el DNU297/20 recibieron dictamen aprobatorio de la Comisión Bicameral de Trámite Parlamentario y la aprobación expresa del Senado en la sesión semi-virtual del 13 de mayo 2020.

lativa por el Congreso. En el segundo párrafo del art. 1 encontramos la declaración de estado de emergencia sanitaria en el marco de una pandemia por el Coronavirus-Covid 19.

Este DNU 297/20 tiene relevancia superlativa porque perfila la medida sanitaria extrema del “aislamiento social preventivo y obligatorio (en adelante ASPO)”¹⁵ desde el 20/03 al 31/03 y, establece 24 excepciones. Esta intensa restricción conforma la matriz central de las restantes limitaciones. No podemos ocuparnos sobre el sentido y extensión de la limitación de un derecho esencial como es la libertad de circulación, porque este asunto es tratado por otros autores.

Ahora bien, el gobierno federal a través de los DNU 260 y DNU 297 tomó la iniciativa de una medida sanitaria extrema de confinamiento social (ASPO), sin embargo, como lo puntualizamos arriba, la competencia en materia de salud es provincial. Surge, entonces, el interrogante cómo se articularon entre sí estas esferas normativas y cómo se logró operatividad para que tales medidas tengan eficacia en todo el territorio argentino.

Estos DNU nos obliga a desentrañar cuáles materias son de competencia federal y cuáles de competencia provincial, en suma, cómo opera en materia sanitaria el principio de división de competencias en el Estado argentino.

Como principio general, la potestad sanitaria es de competencia provincial,¹⁶ lo que guarda perfecta correspondencia con la estructura prescricional del servicio hospitalario tanto público como privado, pues se encuentra bajo la jurisdicción y control administrativo y presupuestario de las provincias.¹⁷

¹⁵ En el art. 2 determina las obligaciones del ASPO: “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”, y la exceptúa “...solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

¹⁶ Por citar un par de ejemplos: la Constitución de Córdoba: “La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud” (art. 59); la Constitución de Tucumán: “La provincia reserva para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de salud” (art. 146).

¹⁷ Durante la dictadura, en 1979 se transfirieron todos hospitales públicos nacionales existentes en las provincias a los Estados Provinciales (Decreto-Ley 21.882/78), lo que terminó de completarse en la década del '90 (Ley de reforma del estado 23.696/89).

Ahora bien vamos a analizar cómo tuvo operatividad práctica la ASPO dentro de cada territorio provincial, dado el Estado nacional en esta materia tiene competencia circunscrita a sus órganos y lugares bajo jurisdicción federal (art. 75 inc. 30 CA: organismos federales, poder judicial federal y nacional, etc.).

Desde el sistema de fuentes podemos señalar que el cumplimiento de la medida de confinamiento y sus complementarias fueron posibles porque las provincias dictaron normas locales (leyes, DNU, Decretos) de recepción de la normativa nacional en su derecho interno como un modo de unificar en todo el territorio nacional las pautas de actuación de ASPO, haciéndolas aplicables en sus respectivas provincias. El mismo DNU 297, luego de perfilar el ASPO y las excepciones, en su art. 10 establece que “las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto..., 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”.

En igual sentido, el DNU tuvo la precaución de no incluir al Poder legislativo y al Poder Judicial nacional (art. 10 in fine: *Invítase al Poder Legislativo Nacional y al Poder Judicial de la Nación, en el ámbito de sus competencias, a adherir al presente decreto*), quienes adoptaron sus propias medidas de prevención. En el caso del Congreso cada una de las Cámaras dispuso sus propias medidas, en especial, suspendió las sesiones durante casi dos meses.¹⁸ El Poder Judicial de Nación (como también los poderes judiciales provinciales) dispuso una feria judicial para la jurisdicción federal hasta el 7 de junio (Acordada 16/2020 de la Corte Suprema de Justicia argentina del 25/05/2020).

La mecánica normativa consistió en que la mayoría de las provincias emplearon algún instrumento normativo de recepción local de las medidas emanadas por el Poder Ejecutivo federal. Los instrumentos normativos locales que operaron la “recepción” de las medidas preventivas nacionales son esenciales porque, por el principio de distribución de competencias federal, corresponde a las autoridades locales la efectivización y control del cumplimiento de la ASPO por las personas dentro de su jurisdicción. Esto guarda correlación con dos herramientas indispensables para la finalidad perseguida: por un lado, el sistema hospitalario es una responsabilidad provincial y, por otro lado, la vigilancia del cumplimiento de la medida de restricción se encuentra en manos de las fuerzas de seguridad provinciales.

¹⁸ Celebraron su primera sesión recién el 13 de mayo, casi dos meses después.

Unas palabras en relación a la inobservancia de la medida de reclusión social: en primer lugar, el incumplimiento de una regla sanitaria sólo podría dar lugar a una sanción de tipo administrativo (multa, excepcionalmente retención temporaria), siempre que tal conducta se encuadre en un régimen normativo preexistente en la jurisdicción provincial, con la adecuada observancia del debido proceso legal y respeto del efectivo acceso a la tutela judicial de las sanciones impuestas. En otras palabras, la violación del aislamiento social dará lugar al ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa del Estado provincial y, eventualmente, municipal; siempre y cuando exista una Reglamentación previa sobre conductas y sanciones contra la inobservancia de normas de convivencia social o, como en este caso, medidas de carácter sanitario (v.g. Códigos de Faltas, o de Convivencia ciudadana). Por ello, las asimilación del incumplimiento del aislamiento como conductas delictuales como lo expresan el DNU 260/20 (art. 9) y el DNU 269/20 (art. 4)¹⁹ son de dudosa constitucionalidad por dos razones: primero, porque un DNU tiene vedada la materia penal y esta forma de calificación de la conducta del inobservante como un delito estaría incriminando anticipada e ilegítimamente y tipificando por ley —pues tal cosa es un DNU— y convirtiendo en ilícito penal tal comportamiento como encuadrado en dos disposiciones penales (art. 205 y 236 CP) lo que, a toda luces, es inconstitucional y, por otro lado, en sí mismos estos dos tipos penales citados son constitucionalmente cuestionables porque, aplicados a tales conductas, generan un tipo penal en blanco (cuyo contenido depende de la voluntad ocasional del legislador o de la administración) o un delito de sospecha, inadmisibles e inconstitucionales por violación del riguroso principio de legalidad penal. También, medidas complementarias de retención de vehículos que circulen en infracción (DNU 297, art. 4) sólo pueden ejecutarse y hacerse efectiva a través de las policías locales.

La mayoría de las provincias receptaron las medidas propiciadas por el gobierno federal.²⁰ Cuando fue dictado el DNU 297 del PEN la mayoría de las provincias dictaron normas de adhesión (Tucumán por DNU 02/20

¹⁹ Cfr. DNU 260 (art. 9) “...los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal” y DNU 297 (art. 4): “...se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal”.

²⁰ Algunas, incluso, se anticiparon, dictando sus propias medidas preventivas como la provincia de Salta (DNU 250 del 13/0), Tucumán (DNU 01/20 del 13/03), Córdoba (Decreto 190/20); Río Negro por Decreto de Naturaleza Legislativa N° 1/20 del 13/03).

del 20/03; aquellas que no confieren al gobernador la facultad de DNU lo hicieron por Decretos del Poder Ejecutivo, como Córdoba por Decreto 201 del 20/03/2020; Santa Fe por Decreto 0270 del 20/03; Corrientes por Decreto 588 del 20/03), otras por decretos de recepción (Mendoza por Decreto 428 del 19/03; Río Negro por Decreto 298 del 23/03). Finalmente, algunas como Jujuy inicialmente dictaron un régimen propio por DNU 696 del 12/03/2020 (convalidado por ley 6157 de Legislatura provincial) y luego dictó numerosos DNU para articular con otras disposiciones de los DNU federales.

La incorporación del ASPO a nivel provincial a través de normativas locales se evidencia en los plazos de duración del aislamiento, inicialmente fijado por el DNU 297 fue sucesivamente prorrogado por lapsos de quince días (DNU 325 del 01 al 12 de Abril; DNU 355 del 12 al 26 de Abril; DNU 408 del 27 al 10 de Mayo; DNU 459 del 11 al 24 de Mayo; DNU 493 del 25 al 07 de junio), pero se efectivizaron a nivel provincial por la correspondiente recepción mediante correlativos instrumentos normativos provinciales. Por ejemplo, la provincia de Tucumán, el gobernador fue dictando los correlativos DNU provinciales de prórroga (DNU 02/20; DNU 04/20; DNU 06/20; DNU 08/20; DNU 09/20; DNU 10/20; que, seguidamente, recibieron la pertinente convalidación por la Legislatura provincial).

Estas disposiciones provinciales de adhesión o de réplica de las pautas y esquema institucional de prevención propuestas por el DNU 297/20 y sus prórrogas deben interpretarse como actos de coordinación entre la normativa nacional y, en ciertas materias, de competencia provincial, para dar unidad de decisión y coordinación de la actividad preventiva de manera uniforme en el territorio nacional, porque en un primer momento las características de la pandemia lo hicieron conveniente y necesario.

Este mecanismo normativo de reenvío competencial a la autoridad federal se manifiesta en la transformación de las funciones conferidas a la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”.²¹ Inicialmente, el DNU 297, aceptado por las provincias, le confirió al Jefe de Gabinete de Ministros funciones de coordinación de dicha Unidad. Seguidamente, por DNU 355 (11 de abril) se amplió funciones JGM otorgándole la potestad de establecer nuevas excepciones al ASPO a pedido de los gobernadores. A primera vista, sin más datos, parece una extralimitación que algunas activi-

²¹ Esta Unidad operativa se integra por diversas áreas de ministerios y organismos federales. Fue creada por el PEN en el año 2007 por Decreto 644/07 y reactivada por el DNU 260/20 (art. 10), cuya integración está fijada por el Anexo I y II del Dto. 644/07.

dades que tienen lugar dentro de las provincias deban ser autorizadas por la JGM, a quien las autoridades provinciales deben dirigir los petitorios.²² Pero resulta que las provincias, a través del esquema de recepción y coordinación potestativa, se adhirieron y consintieron este procedimiento (v.g. DNU 06/20 de la provincia de Tucumán).

Al poco andar este diseño centralizador se mostró inconveniente. El 26 de abril, en una nueva prórroga, el DNU 408/20 retornó a los Gobernadores de Provincias (art. 3) la facultad de decidir excepciones al cumplimiento del ASPO y a la prohibición a circular. Este criterio de distribución y devolución a las provincias del control territorial fue ampliado por el DNU 459/20 del 24 de mayo.

Esta “Unidad de Coordinación General del Plan Integral” fue una improvisación normativa para viabilizar un cierto federalismo de coordinación en materia sanitaria. Inexplicablemente se marginó al Consejo Federal de Salud (COFESA), creado por ley 22.373/81 integrado por las máximas autoridades en Salud Pública del orden nacional, de cada provincia y de Buenos Aires con la presidencia del Ministro de Salud de la Nación. A este organismo de creación legal le habría correspondido cumplir las funciones absorbidas por la JGM en la coordinación inter-jurisdiccional en cuestiones sanitarias, especialmente para graves circunstancias como esta pandemia.

En una análoga situación a la sanitaria, se encuentra la materia educativa de nivel básico que también es de competencia exclusiva de los estados provinciales (art. 5 CN). Al igual que lo sanitario, todas las escuelas públicas de educación básica son a cargo y costa de los presupuestos provinciales (el sector que absorbe la mayor parte de los recursos presupuestarios provinciales). La nación no tiene a su cargo el sostenimiento ni gestión de ninguna escuela de educación básica. Y tampoco la educación universitaria que goza de autonomía (art. 75, inc 19).²³ Una prueba más clara del modelo de distribución competencial entre la nación y los estados provinciales. El DNU 260/20 dispuso que durante esta emergencia sanitaria “el Ministerio de Educación de la Nación establecerá las condiciones en que se desarrollará la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos

²² En el marco de estas atribuciones el JGM dictó 12 Decisiones Administrativas que amplían a 79 las excepciones. A las 24 excepciones iniciales del DNU 297/20 se agregaron 55 nuevas (29 aplicables a todo el país, y 26 varían según el territorio).

²³ Por Constitución, el Estado federal sólo puede dictar leyes de base de educación (ley 26.206/06) y la ley de educación superior y universitaria (Ley 24.521/9%). Las universidades nacionales gozan de autonomía y autarquía, por tanto las medidas sanitarias gestión son competencia propia.

los niveles, en coordinación con las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones” (art. 13). Sin embargo, la decisión de suspensión de la actividad escolar de educación básica (inicial, primaria y secundaria) corrió por cuenta de las autoridades provinciales, por ser de su competencia exclusiva. Por ejemplo, en Tucumán la suspensión de clases fue dispuesta por un Decreto del gobernador (Decreto 595 del 15 de marzo),²⁴ quien antes ya había dispuesto receso de la administración pública por Decreto 550/20 del lunes 13 de marzo.

Algunas medidas como el cierre de museos, centros deportivos, salas de juegos, restaurantes o lugares de acceso público y la prohibición eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, o de cualquier otra índole que impliquen la concurrencia de personas o la suspensión de la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas, dispuestas por el DNU 260 (art. 18) y DNU 297 (art. 5) sólo pudieron hacerse efectivas a través de disposiciones legales provinciales (v.g. DNU 01/20 del 13/03 del gobernador de Tucumán) o normativas municipales.

Consecuencias colaterales: así como la materia sanitaria y educativa son de competencia provincial, otras medidas colaterales para mitigar las consecuencias del aislamiento fueron tomadas por el gobierno federal en ejercicio de competencias propias. Los efectos del ASPO fueron varios, imprevistos y numerosos con creciente gravedad a medida que se prolongaba el tiempo del confinamiento obligatorio. El impacto afectó la producción industrial, relaciones laborales, comercio, transporte de personas y mercaderías, contratos de suministros, contratos de alquiler, sistema bancario, cobro de pensiones y jubilaciones, ciertos ejercicios profesionales (artistas, cuentapropistas, etc.). Para dar respuesta a las consecuencias generadas por el confinamiento obligatorio, el gobierno federal dictó 28 DNU para atender diferentes situaciones propias de su competencia. Estas medidas no generaron conflictos con las provincias porque eran dispuestas dentro del marco de competencias conferidas por la Constitución nacional al Gobierno federal, como por ejemplo, asueto al personal de la administración pública nacional (art. 9 del DNU 297/20).

Si dejamos de lado los DNU que articularon el ASPO con las jurisdicciones provinciales, podemos señalar otras medidas complementarias de competencia federal dictadas por el Estado nacional, a través de DNU, que

²⁴ Sobre esta materia el Ministerio de Educación de la Nación no gestiona, administra ni tiene a su cargo ninguna escuela pública de enseñanza básica, sin embargo dictó la Resolución 108/20 (12/03) disponiendo el cierre por 14 días de los establecimientos que presente algún caso de C19.

agrupamos por temática: *a*) Medidas restrictivas de la circulación interjurisdiccional: suspensión de vuelos internacionales por 30 días (art. 9 del DNU 206/20); Prohibición de ingreso al territorio Nacional (DNU 274 del 16/03 y sus prórrogas por DNU 313 del 26/03; DNU 331 del 01/04; DNU 365 del 11/04; y DNU 409 del 26/04); *b*) Prohibición de despido, suspensiones y otras cuestiones laborales (DNU 329 del 31/03 y su prórroga DNU 487 del 18/05; DNU 367 del 13/04 sobre enfermedad profesional por Covid-19); DNU 297 dispuso que durante la vigencia del ASPO, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (art. 8); *c*) Congelamiento y suspensión de cortes de servicios (DNU 311 del 24/04; DNU 426 del 30/04 para garantizar el servicio de telefonía móvil e internet hasta el 31/05); *d*) Congelamiento hasta el 31/03 de cuotas de créditos hipotecarios y alquileres y suspensión de desalojos (DNU 319 y DNU 320 del 29/03, invocan el DNU 620); *e*) Sobre cuentas bancarias, deudas impositivas-previsionales (DNU 312 del 24/03; DNU 316 del 28/03); *f*) Programa de asistencia de emergencia a la producción y al trabajo (DNU 326 del 31/03 garantías para préstamos bancarios; DNU 332 del 01/04 programa de Asistencia al Trabajo y Producción (ATP) complementado DNU 347 del 05/04 Comité de evaluación y monitoreo del programa anterior; DNU 376 del 19/04 ampliación de programa de asistencia para empleadores y trabajadores a través de ayuda estatal para el pago de salarios, créditos a tasa 0%, diferimientos de contribuciones, etc.); *g*) Deuda pública y diferimientos de pagos (DNU 346 del 05/04); *h*) Modificaciones partidas Presupuesto 2020 (DNU 457 del 10/05); *i*) Aunque no se trata de un DNU sino de un Decreto Autónomo (Decreto 310 del 24/03) del PEN que dispuso la creación del Ingreso Familiar de Emergencia (IFE) que consiste en un aporte monetario a personas desocupadas.

En conclusión, la estructura normativa que afrontó la pandemia en Argentina se hizo a través de leyes en sentido material, Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el gobierno federal. Los DNU sustituyen, por razones de urgencia, el dictado de la ley por el Parlamento, quien interviene con posteridad aprobando o rechazando el DNU. La conformación federal argentina condujo que el confinamiento obligatorio por razones sanitarias haya sido iniciativa del PEN con el fin de uniformar la medida, lo que enseguida receptada por las provincias como titulares de la competencia en materia de salud. En un primer momento algunas provincias coordinaron con el gobierno nacional la dirección y unificación de las modalidades de aislamiento y las restricciones de circulación, pero encargándose de hacer

efectivas las medidas dentro de la propia jurisdicción provincial. Pasado un mes del ASPO, la potestad de regular el aislamiento y la desescalada gradual ciertas actividades volvió a manos de las provincias porque ya se tenía un panorama de la ubicación de los focos de contagio en el territorio nacional, mostrando provincias sin ningún caso (Catamarca, Formosa) y otros lugares de persistente presencia (Ciudad de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires), donde se ha concentrado la acción federal. Estos engranajes de coordinación entre el gobierno central y los estados provinciales, permitieron la modulación del impacto a través de una novedosa flexibilidad normativa y la articulación a la diversas realidades del aislamiento sanitario de competencia provinciales: los resultados francamente exitosos en la contención de la propagación del virus debe atribuirse al ajuste y adaptación que realizaron las provincias en el ámbito de su jurisdicción.

La lección final de la pandemia es que, cuando parecía que el anarcoliberalismo estaba ganando la batalla cultural, el Covid-19 vino a poner al Estado en su quicio. Hoy nadie en su sano juicio puede predicar el Estado mínimo o sostener su inutilidad.²⁵

²⁵ Agradecimiento: quiero dejar expresado un especial agradecimiento al Prof. Mg. Esteban Nader y al Abog. Daniel Méndez, aspirante a la Docencia, ambos colaboradores en la Cátedra A de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, por el valioso aporte, recolección y revisión de datos para este trabajo.