

“Medidas preventivas acertadas: Análisis del Decreto 297/2020”

Por: Nahuel A. Martín / Año 2020

I. Introducción

En el presente trabajo trataremos el tema de la situación actual en el mundo con respecto a la pandemia COVID-19 y en particular un análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, como medida impuesta por el Gobierno Nacional para evitar la propagación del virus. Para ello comenzaremos nuestros análisis describiendo el contexto actual y las medidas anteriores que fueron tomadas por el Poder Ejecutivo, como así también que entendemos por emergencia.

Continuaremos deteniéndonos en el Decreto 297/2020, desmenuzando su contenido y encuadrándolo dentro de los requisitos constitucionales para su dictado.

Finalmente, llegaremos a la conclusión que la herramienta utilizada, en este caso particular, fue la correcta. La figura del DNU, fue y es duramente criticada por la doctrina en general, y esto se debe a las infinidades de abusos por parte de los gobiernos de turno que la utilizan para cumplir con sus políticas de gobierno, desvirtuando su verdadero fin. No obstante, si el instituto del DNU es utilizado correctamente, cumpliendo con sus requisitos formales y materiales, respetando los límites impuestos por la Constitución Nacional y las leyes especiales, es una excelente herramienta jurídica para conseguir resultados expeditos y afrontar situaciones verdaderamente urgentes que de otro modo no podrían ser conseguidos con la misma inmediación que el momento amerita. Este decreto (y por supuesto a la espera de que se cumplan con los requisitos formales impuestos por la Ley 26.122) es un claro ejemplo de sus características positivas, aunque, advertimos que mucho hay para mejorar con respecto a esta materia en aras del fortalecimiento de la democracia, el respeto por la división de poderes y el sistema representativo y republicano de gobierno.

II. Estado de emergencia: cuando se conjugan los requisitos en la realidad actual

La Argentina y el mundo entero se encuentran en la actualidad padeciendo una grave pandemia del virus conocido como COVID-19¹. Esta enfermedad ya ha tomado gran cantidad de infectados y vidas alrededor del planeta entero. A diferencia de otros países, el Estado argentino por el momento no presenta los mismos números de afectados que otros, pero está más que claro que se deben tomar todas las medidas adecuadas de manera urgente para evitar la propagación del virus mientras nos encontramos a la espera de una solución.

A lo largo de estos días, el Gobierno Nacional ha tomado diversas decisiones a fin de proteger a la población argentina, entre ellas encontramos licencias excepcionales para trabajadores que regresen de zonas afectadas por el Coronavirus, justificación de inasistencias escolares, cierre de espacios culturales nacionales, licencias preventivas para la comunidad educativa, suspensión del dictado de clases presenciales en todo el país, cierre de fronteras, restricción de hoteles para alojar a argentinos hasta el 31 de Marzo y, en especial, la Creación de la Unidad Coronavirus COVID-19, Integrada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la Nación, el CONICET y la Agencia I+D+i. En efecto, esta Unidad tiene por objetivo coordinar las capacidades del sistema científico y tecnológico para la realización de tareas de diagnóstico e investigación sobre el COVID-19. Asimismo, designa al Jefe de Gabinete de Ministros como coordinador del sector público nacional en el marco de la Emergencia Sanitaria, facultándolo en la coordinación de las distintas jurisdicciones y organismos del sector público nacional con la capacidad de asignar funciones provisorias y articular acciones y políticas para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones que disponga la autoridad sanitaria nacional, entre otras².

Una de las medidas más drásticas, y el eje central de este trabajo, es el “Aislamiento social, preventivo y obligatorio” instaurado el día 19 de marzo del 2020 a

¹ La COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto el nuevo virus como la enfermedad eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. 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. Fuente: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (Organización Mundial de la Salud – Recuperado 21/03/2020, 18:15 horas)

² <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/medidas-gobierno> (Recuperado 21/03/2020 - 18:31 horas)

través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, a cuyo análisis nos avocaremos en los siguientes apartados.

La pregunta central con respecto a esta medida es ¿por qué razón el Poder Ejecutivo Nacional hizo uso de esta potestad reglamentaria excepcional? ¿Se cumplen los requisitos fácticos, materiales y formales?

En principio debemos ponderar el elemento fáctico, el hecho generador de la medida, Bidart Campos nos dice: *“Los eventos que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia son, entonces, acontecimientos reales o fácticos.”*³ Con esto entendemos, que para que realmente ocurra una emergencia es necesario que se perturbe el orden constitucional, suceso que evidentemente ocurre en la actualidad, toda vez que, producto de esta pandemia se ha paralizado por completo al país, solo manteniendo los servicios esenciales. Sin ir más lejos el Poder Ejecutivo, el día 12 de Marzo de 2020 mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020⁴ amplió la Emergencia Sanitaria por el plazo de un año y facultó al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación otorgándole facultades para adoptar las medidas que considere necesarias, entre otras disposiciones.

Nuestra Constitución Nacional, producto de esta situación de emergencia, otorga ciertas herramientas para su remedio, así, Bidart Campos continúa ilustrándonos: *“Al contrario, los institutos de emergencia, son creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”*, entre ellos podemos encontrar la declaración de estado de sitio en casos de ataque exterior o conmoción interior (Art. 23 y 99 inc. 16 CN)

El Presidente de la Nación, Alberto Fernández, no ha optado por este remedio constitucional, a nuestro entender, por considerarla una alternativa un tanto precipitada, como también por no encontrarse el Congreso de la Nación en receso, tal como lo indica el artículo 99 inc. 16 de la CN; empero sin descartar la posibilidad de su uso en el desafortunado supuesto de que la situación epidemiológica empeore. En cambio, se eligió la figura del “Decreto de Necesidad y Urgencia”, también otro instituto de excepción incorporado por nuestra Constitución en su reforma de 1994 y que conlleva

³ BIDART CAMPOS, Germán J. *“Manual de la constitución reformada”* Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires: 2006.

⁴ <https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/2020031201NS.pdf>

el cumplimiento de algunos requisitos para su dictado que justificarían la constitucionalidad del mismo. En respuesta a nuestros interrogantes, examinaremos si el decreto 297/2020 cumple con los mismos y la razón de su utilización.

III. Análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020

En principio debemos definir aquello que, a nuestro entender, consideramos “Decreto de Necesidad y Urgencia”. En tal sentido y a los fines de este trabajo entendemos a estos institutos como aquellos decretos o reglamentos *que se dictan sobre materias propias de la competencia legislativa, cuando una urgencia súbita exige emitir las normas que el congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente.*⁵

Ahora bien, el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional comienza con lo que llamamos “principio prohibitivo general” y nos dice *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.”*

Seguidamente nos encontramos con las situaciones habilitantes a su dictado: *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”*. Este es el requisito más importante para su dictado. Así las cosas, cuando hablamos de “circunstancias excepcionales” nos referimos a una situación de extrema necesidad que coloque al Estado en grave riesgo social o en una situación en que la subsistencia del mismo se vea atacada, y que, en virtud de ello, el Poder Ejecutivo requiera emitir razonable e inevitablemente dicho acto con celeridad habida cuenta la urgencia que la circunstancia demanda.

De lo dicho anteriormente podemos destacar la noción de “necesidad” y de “urgencia”, las cuales presentan la particularidad de ser conceptos jurídicos indeterminados, es decir, que la norma se refiere a una esfera de realidad cuyo límite no aparece bien precisado en su enunciado; esta circunstancia es la que provoca que los gobernantes de turno interpreten erróneamente que la normativa les confiere

⁵ BIDART CAMPOS, German J. *“Tratado elemental de derecho constitucional argentino”*. Tomo II-B. Editorial Ediar: Buenos Aires, 2005, pág. 302. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *“Derecho Administrativo”*. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1993, pág. 135. SAGÜES, Néstor Pedro. *“Elementos de derecho constitucional”*. Tomo I. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1999, pág. 608.

discrecionalidad para su utilización ante una necesidad menor⁶. La Dra. Basterra nos dice que “necesidad” es algo más que conveniencia; es sinónimo de imprescindible, y “urgencia” es lo que no puede esperar: necesario y urgente aluden a un decreto que solamente puede dictarse en situaciones excepcionales.⁷ Por su parte Marienhoff agrega: *“el fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo”*⁸

Por último, debemos dejar en claro que la imposibilidad a la que hace referencia la normativa es de carácter absoluto, es decir, que ni el apuro presidencial en tomar la medida ni la conveniencia o la necesidad de la misma, ni la urgencia valorada por el Ejecutivo, ni la lentitud de las Cámaras, ni la hostilidad hacia un determinado proyecto de ley, configuran aquella imposibilidad que en circunstancias extraordinarias habilita a dictar decretos de necesidad y urgencia⁹

Con respecto al DNU 297/2020, esta circunstancia excepcional ha sido totalmente justificada, tal como expresa el propio reglamento. *“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. Que, toda vez que no se cuenta con 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.”* y nos continúa diciendo el DNU: *“Que la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la salud pública hacen imposible seguir el*

⁶ “En lo referente a la necesidad y a la urgencia que justificarían la emisión válida, por el Poder Ejecutivo, de los respectivos reglamentos o decretos de necesidad y urgencia, la doctrina expuso criterios y requisitos cuya debida observancia o cumplimiento tornarían aceptable la existencia de tales normas y su encuadre dentro de nuestro orden constitucional. Lamentablemente, en la práctica administrativa esos criterios y requisitos no siempre fueron observados con prudencia, dando lugar así a injustas y generalizadas críticas negativas acerca de la validez constitucional de los expresados reglamentos o decretos”. Conf. MARIENHOFF, Miguel Santiago. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Tomo IV. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1975.

⁷ BASTERRA, Marcela I. *“El alcance del control en materia de decretos de necesidad y urgencia. Estándares actuales”*. Revista áDA Ciudad, C.A.B.A., 2011, nro. 4.

⁸ MARIENHOFF, Miguel Santiago. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1965. En el mismo sentido v. CASSAGNE, Juan Carlos. Tomo I. op. cit. pág. 135.

⁹ BASTERRA, Marcela I. op. cit. Véase también BIDART CAMPOS, Germán J. *“Manual de la constitución reformada”*. Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires: 2014, pág. 252.

trámite para la sanción de las leyes.” Lo cual considero absolutamente cierto, y que amerita el dictado de la medida.

La Constitución Nacional en su artículo 99 inc. 3 a su vez, nos indica un límite material cuando dice: “... y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”¹⁰. Aquí el DNU en análisis también cumple con este requisito, solo hay dos aclaraciones al respecto: en virtud del artículo 3, y en ejercicio de la actividad de policía administrativa¹¹, apoyándose en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su Artículo 12 Inc. 1 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22 inciso 3. Al respecto, el DNU precisa: “*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.*”, como así también el artículo 4 explicita: “*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 artículos 205, 239 y concordantes del Código 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.*”. Con estas disposiciones se pretende aclarar que bajo ningún término este reglamento contiene normas de carácter penal, sino que, por el contrario, presenta disposiciones de carácter puramente administrativas.

¹⁰ Con respecto a este tema véase el fallo Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”. CSJN, Fallos, 318:1154

¹¹ “Por tanto, el ejercicio del “poder de policía”, al implicar limitaciones a derechos esenciales del individuo (libertad y propiedad), requiere una ley formal, en tanto que la actividad “policial”, propiamente dicha, solo requiere la existencia de un acto administrativo, político o de gobierno, que por principio debe hallar fundamento en una norma “legal formal”; excepcionalmente puede fundarse en un reglamento autónomo o en un acto administrativo, político o de gobierno, originario, de contenido individual” Conf. MARIENHOFF, Miguel Santiago. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo IV. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1975.

Luego, la Constitución Nacional nos presenta una limitación de procedimiento diciendo: “... 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.” Sin perjuicio de las objeciones que puedan formularse a este requisito, el analizado decreto 297/2020, cumplió con el mismo y fue refrendado por el gabinete en su totalidad.

Por último el artículo reza: “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.”¹² Tal como nos ilustra el Dr. Salvadores de Arzuaga, en este fragmento el constituyente nos otorga algunos requisitos de forma pero con dos falencias: supedita la creación de la Comisión Bicameral Permanente (órgano indispensable de control político) a la ulterior sanción de una ley especial, dejando peligrosamente abierta la posibilidad al retraso en su dictado, como así ocurrió que hasta el año 2006¹³, y en segundo lugar no otorga un plazo determinado para que cada Cámara se expida con respecto al despacho enviado, lamentablemente esta situación con la sanción de la Ley 26.122 tampoco se vio resuelta. Con respecto al reglamento en análisis, este paso deberá ser cumplido con posteridad y que fue previsto en su artículo 13¹⁴.

Como medida principal el DNU 297/2020 declara en su Art. 1 “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

¹² “(...) también la realidad ha demostrado que García Lema estaba equivocado cuando creía que, poniéndole mayores exigencias al Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, se limitaría o reduciría esta perversa costumbre que corroe a la república”. Véase SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio. *Los controles institucionales en la Constitución reformada*. Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 28 de febrero de 1996, nro. 5974.

¹³ Véase SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio. “*Los controles institucionales en la Constitución Argentina 1853-1994*”. Editorial La Ley: Buenos Aires, 1999, págs. 177 y 178, nota 541.

¹⁴ ARTÍCULO 13.- Dése cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. 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.”, y su Art. 2 “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 (...)”

Tangencialmente, el decreto suspende eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas, como así también la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas (Art. 5); también la norma prevé la excepción del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, que son detallados en el DNU, otorgándole la potestad al Jefe de Gabinete de ampliar o reducir esta lista (Art. 6); y también protege a los trabajadores del sector privado quienes 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).

IV. Conclusión

A lo largo de estas reflexiones tomamos nota de la complicada situación en la que se encuentra el mundo, azotado por esta reciente pandemia acerca de la cual, por el momento, la ciencia no cuenta con remedio alguno para combatirla.

En respuesta de estos acontecimientos, el gobierno Nacional ha tomado medidas conducentes a calmar los efectos negativos y la crisis socio-económica, culminando con esta última medida que es el aislamiento social, preventivo y obligatorio (Decreto N° 297/2020), resultando esta medida como nuestra “mejor vacuna” mientras aguardamos las soluciones que pueda aportarnos el saber científico.

Analizamos la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo y llegamos a la conclusión que la herramienta utilizada, en este caso particular, fue la correcta. La figura del DNU, fue y es duramente criticada por la doctrina en general, y esto se debe a las infinidad de abusos por parte de los gobiernos de turno que la utilizan para cumplir con sus políticas de gobierno, desvirtuando su verdadero fin, pero si el instituto del DNU es utilizado correctamente, cumpliendo con sus requisitos formales y materiales, respetando los límites impuestos por la Constitución Nacional y las leyes especiales, es una excelente herramienta jurídica para conseguir resultados rápidos y eficientes que nos permitan afrontar situaciones verdaderamente urgentes que, de otro modo no podrían ser conseguidos con la misma inmediación que el momento amerita. Este decreto (y por supuesto a la espera de que se cumplan con los requisitos formales impuestos por la Ley 26.122) es un claro ejemplo de sus características positivas, aunque, hemos de destacar que mucho hay por mejorar aun con respecto a esta materia para el fortalecimiento de la democracia, el respeto por la división de poderes y el sistema representativo y republicano de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BASTERRA, Marcela I. “*El alcance del control en materia de decretos de necesidad y urgencia. Estándares actuales*”. Revista áDA Ciudad, C.A.B.A., 2011, nro. 4.

BIDART CAMPOS, Germán J. “*Manual de la constitución reformada*” Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires: 2006.

BIDART CAMPOS, Germán J. “*Manual de la constitución reformada*”. Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires: 2014

BIDART CAMPOS, German J. “*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*”. Tomo II-B. Editorial Ediar: Buenos Aires, 2005

CASSAGNE, Juan Carlos. “*Derecho Administrativo*”. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1993

Constitución de la Nación Argentina. Ediciones Libertador, Buenos Aires: 2013

<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (Organización Mundial de la Salud – Recuperado 21/03/2020, 18:15 horas)

<https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/medidas-gobierno> (Recuperado 21/03/2020 - 18:31 horas)

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320> (Recuperado 22/03/2020 - 13:55 horas)

<https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/2020031201NS.pdf> (Recuperado 21/03/2020 - 19:15)

MARIENHOFF, Miguel Santiago. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1965

MARIENHOFF, Miguel Santiago. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo IV. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1975

SAGÜES, Néstor Pedro. *“Elementos de derecho constitucional”*. Tomo I. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1999

SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio. *Los controles institucionales en la Constitución reformada*”. Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 28 de Febrero de 1996, nro. 5974.

SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio. *“Los controles institucionales en la Constitución Argentina 1853-1994”*. Editorial La Ley: Buenos Aires, 1999

Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”. CSJN, Fallos, 318:1154

INDICE SUMARIO

I. Introducción.....	1
II. Estado de emergencia: cuando se conjugan los requisitos en la realidad actual.....	2
III. Análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020.....	4
IV. Conclusión.....	8
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	10