

SESIONES ORDINARIAS

2021

ORDEN DEL DÍA N° 388

Impreso el día 31 de mayo de 2021

Término del artículo 113: 9 de junio de 2021

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE
DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

SUMARIO: **Declaración** de validez del decreto 334 de fecha 21 de mayo de 2021, por el cual se prorroga el decreto de necesidad y urgencia 287/21 hasta el día 11 de junio de 2021; se disponen medidas aplicables a lugares en alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma epidemiológica y sanitaria entre los días 22 y 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021. (20-J.G.M.-2021.)

I. **Dictamen de mayoría.**II. **Dictamen de minoría.**

I

Dictamen de mayoría*Honorable Congreso:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional ha considerado el expediente 20-J.G.M.-2021 referido al decreto de necesidad y urgencia 334/21 del 21 de mayo de 2021, mediante el cual se prorroga el decreto de necesidad y urgencia 287/21 hasta el 11 de junio de 2021; se disponen medidas aplicables a lugares en alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma epidemiológica y sanitaria entre el 22 de mayo y el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021.

De los fundamentos que se exponen en el informe adjunto y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución*El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declarar la validez del decreto 334 del 21 de mayo de 2021.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 26 de mayo de 2021.

Marcos Cleri. – Lucía B. Corpacci. – Ana C. Gaillard. – Pablo R. Yedlin. – Daniel A. Lovera. – Guillermo E. M. Snopek. – Anabel Fernández Sagasti. – María T. M. González. – Mariano Recalde.

INFORME

I. *Antecedentes*

La Constitución Nacional antes de la reforma en 1994 establecía en forma clara y terminante la doctrina de la separación de las funciones del gobierno, precisando uno de los contenidos básicos asignados a la forma republicana prevista en su artículo 1°.

La clásica doctrina de la división de los poderes, concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder y que fue complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1853/60 se planteaba.¹

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos

1. Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución argentina*, 1890.

En una postura distinta se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio ortodoxo de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificadas en nuestra Constitución Nacional: *a)* los decretos de necesidad y urgencia, *b)* los dictados en virtud de delegación legislativa y *c)* los de promulgación parcial de las leyes.

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3, 76, 80 y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional.

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

“CAPÍTULO TERCERO

”Atribuciones del Poder Ejecutivo

”Artículo 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 regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente 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”.

“CAPÍTULO CUARTO

”Atribuciones del Congreso

”Artículo 76: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

”La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

“CAPÍTULO QUINTO

”De la formación y sanción de las leyes

”Artículo 80: Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmen-

te no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.”

“CAPÍTULO CUARTO

”Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

”Artículo 100: [...]

”12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

”13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

La introducción de los institutos denominados “decretos de necesidad y urgencia” y “facultades delegadas” en el nuevo texto constitucional de 1994 implica poner reglas a una situación de excepción y, por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

Sin embargo, ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, sino que lo ha dejado subordinado a una ley especial.

La ley 26.122, sancionada el 20 de julio de 2006, regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: *a)* de necesidad y urgencia, *b)* por delegación legislativa y *c)* de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente y, en su artículo 5°, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y ocho (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales correspondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento amplio al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan con supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

De Vega García afirma con acierto que la función del supuesto fáctico es doble, porque por una parte se constituye en la situación de hecho –la necesidad

urgente—habilitante para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer las facultades legislativas indispensables e inevitables para la solución de la crisis, y, por otro lado, esta situación de hecho se convierte también en condición de contenido de la norma de necesidad y urgencia, “porque parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alega al dictar este tipo de instrumentos”.¹

Es de vital importancia esta definición, ya que serán luego los órganos de control quienes deberán valorar si se han reunido los requisitos en el supuesto de hecho que autoriza al Poder Ejecutivo a hacer uso de dicha facultad.

La doctrina en general se refiere al supuesto fáctico como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia que ocasiona la crisis institucional que impide al Poder Ejecutivo ejercer sus facultades constitucionales de un modo más adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, Pérez Hualde y Legaz Lacambra entienden que existe aun un supuesto previo, que es el de la vigencia de un sistema republicano que contemple en especial uno de los requisitos básicos, como lo es el principio de división de poderes.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Superado este debate doctrinario, el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Entre sus antecedentes más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

Asimismo, son numerosas las Constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y, en Sudamérica, las Constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

En este sentido, este es el marco fáctico en el cual la Convención Constituyente de 1994 introdujo los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina, receptados en el artículo 99, inciso 3.

La norma precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia la exis-

tencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.²

Conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que inconveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.³

Por su parte, la convalidación del dictado de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Peralta”,⁴ ya que se le reconoció expresamente al presidente de la Nación la facultad de dictar este tipo de normas.

En el caso precitado, los actores iniciaron una acción de amparo ante el dictado del decreto 36/90, que convertía los contratos bancarios a plazo fijo en bonos de deuda pública (Plan BONEX).

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia impuso una serie de reglas que debe contener el dictado de este tipo de decretos por parte del órgano administrador para su procedencia.

Estas circunstancias fácticas que debían configurar-se eran: “...una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado —esta constituirá la causa por la cual se considera válido el decreto— [...] razonabilidad de las medidas dispuestas [...] relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de esta [...] examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas [...] inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados [...] convalidación del Congreso, expresa o tácita...”.

Asimismo, sostuvo que “no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen”.

Puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo, fundada en dos razones fundamentales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece

2. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, tomo VI.

3. Bidart Campos, Germán: “Los decretos de necesidad y urgencia”. Columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01.

4. *La Ley*, 1991-C:158.

1. Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

concebible por medios distintos a los arbitrados (considerando 24).

La Corte ha caracterizado al supuesto fáctico habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas” (considerando 24).

En este sentido, la Corte Suprema definió la emergencia económico-social como aquella “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin” (considerando 43).

Asimismo, el alto tribunal consideró la razonabilidad de la medida atendiendo a “la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48).

El Poder Judicial tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional,¹ controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretende lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretende superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la CSJN respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Mientras en el caso “Peralta” convalidó el dictado de este tipo de decretos y estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para la procedencia de su dictado, en el caso “Rodríguez”,² la CSJN se refirió a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y a su control político en cabeza del Poder Legislativo. Se discutió quién posee la atribución jurisdiccional para controlar este tipo de decretos.

Asimismo, consideró que los legisladores que habían interpuesto la acción de amparo carecían de legitimación activa; lo mismo sostuvo respecto del defensor del pueblo, pero consideró que el jefe de Gabinete tenía legitimación para actuar.

En esta oportunidad, la CSJN defendió la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia y de su control político en cabeza del Poder Legislativo. Sostuvo que la jueza de grado carecía de jurisdicción para

intervenir en el caso por ausencia de gravamen, caso, causa o controversia, pues decidió sobre un conflicto que –por su naturaleza– es ajeno a la resolución judicial, mediando –en consecuencia– una invasión de la zona de reserva de otro poder (considerando 6º).

Sin embargo, a pesar de lo dicho precedentemente, consideró que ello no implica una convalidación del decreto (de necesidad y urgencia) 842/97, “en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite– siempre que, ante un ‘caso concreto’ –inexistente en la especie–, conforme las exigencias del artículo 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (considerando 23).

Es decir que limita la facultad de control del Poder Judicial ante la presencia de agravio concreto (examina si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y el límite material), siendo el Congreso –depositario de la voluntad popular– a quien la Constitución Nacional le atribuye la excluyente intervención en el contralor de los DNU (considerando 17).

En este caso, la CSJN renunció expresamente a ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, con base en la falta de caso y carencia de agravio concreto.

En cambio, en el caso “Verrocchi”³ cambia el criterio sostenido en el fallo precedente y declara la inconstitucionalidad de los decretos (de necesidad y urgencia) 770/96 y 771/96 emitidos por el Poder Ejecutivo nacional en 1996, que suprimían la percepción del salario familiar a aquellas personas que cobraran más de mil pesos.

En el caso precitado, la CSJN ejerce un control de constitucionalidad amplio y analiza también la razonabilidad de la medida, al abocarse a examinar si se cumplieron las exigencias formales y materiales en el dictado de este tipo de normas, admitiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo nacional.

En este sentido, la CSJN considera que “se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país...” (considerando 8º).

En el considerando 9º analiza las dos circunstancias habilitantes para el dictado de este tipo de normas, de conformidad con el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y sostiene que “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de

1. Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

2. *La Ley*, 1997-E:884.

3. “Verrocchi, Ezio D., c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/8/19, *Fallos*, 322:1726, *La Ley*, 1999-E:590.

este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia...”.

En el considerando 11, la CSJN sostuvo que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo cual confirma la sentencia del *a quo* que declaraba inconstitucionales los decretos 770/96 y 771/96. En el presente caso ejerció un control amplio de las circunstancias fácticas y jurídicas del dictado del decreto en cuestión.

En el caso “Risolía de Ocampo”,¹ se declararon inconstitucionales varios artículos del DNU 260/97, que disponía el pago en cuotas de las indemnizaciones por accidentes de tránsito ocasionados por el transporte público de pasajeros, con invocación de la emergencia económica de esas empresas y de las aseguradoras.

El fundamento central para descalificar esta normativa fue que protegían intereses de individuos o grupos, no intereses generales de la sociedad.

De esta forma, la CSJN en el caso precitado agregaba un requisito más a la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia: la protección de intereses generales de la sociedad.

En el caso “Guida”,² la CSJN se pronunció por la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, que había dispuesto la reducción de los salarios de los agentes de la administración pública.

Uno de los principales argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del decreto precitado fue su ratificación mediante la sanción de la ley 24.624.

A juicio de la CSJN, dicha ratificación importaba la intervención del Congreso en los términos que señala la Constitución y un reconocimiento de la emergencia invocada por el Poder Ejecutivo nacional.

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López, que integraron la mayoría, coincidieron en la legitimidad de la medida, pues sostuvieron que “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de una situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación, conforme al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas Cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por

el Poder Ejecutivo nacional al enfrentar la crisis...” (considerando 6°).

En el caso precitado, el voto del ministro Carlos Fayt señaló que “tal como lo recordó el tribunal en la causa ‘Verrocchi’ (*Fallos*, 322:1726), para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer válidamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Esta última es la situación que debe entenderse presente en el caso...” (considerando 6°).

“Que la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional no difiere en lo sustancial del recordado precedente de *Fallos*, 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello, en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (artículo 82 de la Constitución Nacional). No obstante, de esta regulación minuciosa de una facultad que por definición se considera existente, no podría derivarse como conclusión que la ausencia de reglamentación legal del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional deje inerte a la sociedad frente a las situaciones que el propio texto constitucional ahora prevé como excepcionales y, por tanto, merecedoras de remedios del mismo carácter” (considerando 7°).

Fayt agregó que “en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida–, ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación, conforme fue recordado por el Tribunal en la causa ‘Verrocchi’ ya citada” (considerando 9°).

En este mismo orden de ideas, el citado ministro de la CSJN destacó que “en cuanto al contenido mismo de la medida cuestionada, deben entenderse reunidos los requisitos que condicionan su validez, de acuerdo a la ya conocida doctrina de la emergencia” (considerando 10).

Entre los administrativistas, se define a los reglamentos como “todo acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas

1. “Risolía de Ocampo, María José, c/ Rojas, Julio César, s/ ejecución de sentencia”, CS, *Fallos*, 323:1934.

2. “Guida, Liliana, c/ Poder Ejecutivo s/ empleo público”, CS, *Fallos*, 323:1566.

jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales”.

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la administración pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no solo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

Conforme a la terminología utilizada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general.

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la administración.

La sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del “reglamento”, con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Conforme a la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias reservado a la administración, en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,¹ al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración y b) de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto ut supra, hasta la reforma constitucional de 1994, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.²

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial, aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.³

Conforme al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.⁴

II. Objeto

La Comisión Bicameral Permanente somete a su consideración el tratamiento del decreto emitido por el Poder Ejecutivo nacional 334 del 21 de mayo de 2021, mediante el cual se prorroga el DNU 287/21 hasta el 11 de junio de 2021; se disponen medidas aplicables a lugares en alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma

1. Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

2. Miguel Á. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y, no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional, y adopta la denominación de “decretos-leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

3. Ekmekdjian se encuentra entre quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme al criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborada por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica de 1853/60.

4. Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos, que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

epidemiológica y sanitaria entre el 22 de mayo y el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021.

Conforme a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por nuestra Ley Fundamental, corresponde a esta comisión expedirse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y los artículos de la ley 26.122.

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a los decretos de necesidad y urgencia, establece que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

III. Análisis de los requisitos formales y sustanciales

1. Aspectos formales

La lectura del artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: a) la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y b) el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente. En igual sentido, el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como requisitos sustanciales que habilitan dicha vía que “...no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos [...] los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

Asimismo, se encuentra cumplido el otro requisito formal referido al control por parte de esta comisión, en virtud de lo cual se eleva el despacho pertinente de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 26.122.

La posición adoptada por la comisión tiene fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional, que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”, y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto estos sean derogados formalmente por el Congreso.¹

Desde el punto de vista formal, la medida dictada por el Poder Ejecutivo fue suscrita en acuerdo general de ministros, conforme el artículo 99, inciso 3, párrafos 3° y 4°, y artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional, toda vez que permite distinguir como requisitos formales la firma del jefe de Gabinete de

Ministros y remitido a la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo dentro del plazo previsto.

Cabe destacar, en este sentido, que, si bien no se observa en el decreto 334/21 el refrendo del ministro de Turismo y Deporte, señor Matías Lammens, la pertinente justificación obra como nota anexa del mensaje 26/2021, por el que se comunica el dictado del decreto en análisis.

2. Aspectos sustanciales

Corresponde a continuación analizar el cumplimiento de los requisitos sustanciales en el dictado del decreto de necesidad y urgencia 334/21.

El Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia –en el último considerando del citado decreto– de que el mismo se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional y de los artículos 2°, 19 y 20 de la ley 26.122.

Resulta pertinente destacar las palabras vertidas en el trabajo elaborado por Jorge Carlos Albertsen, en el cual se señala que “existe una marcada diferencia entre el dictado, por parte del Poder Ejecutivo, de una disposición de carácter legislativo, cuando la misma ha sido dictada en virtud de la circunstancia excepcional que prevé el tercer párrafo del inciso 3 del artículo 99 y cuando la misma es el resultado del ejercicio de una delegación legislativa. En el primer caso no existe una actuación previa del Congreso, mientras que en el segundo, este ya ha puesto de manifiesto su voluntad de transferir su potestad al Poder Ejecutivo, respecto a una materia determinada, con plazo para su ejercicio y de conformidad con ciertas bases. Esta circunstancia justifica que el control de la Comisión Bicameral Permanente sea mayor en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (en los que el Poder Ejecutivo ha dictado la disposición *motu proprio*) que en el caso de la delegación legislativa (a través de la que el Poder Legislativo le ha encomendado al Poder Ejecutivo el dictado de una ley, estableciendo las ‘bases de la delegación’). En el primer caso el Congreso tiene una participación *ex post*, mientras que en el segundo tiene una participación *ex ante*”.

Resulta oportuno destacar como cuestión previa que el decreto 334/21 cumple íntegramente con los requisitos de necesidad y urgencia establecidos en nuestra Carta Magna, los que se ajustan al criterio interpretado por nuestra jurisprudencia en pleno en la materia respecto a la emergencia sanitaria que sufre nuestro país al igual que el resto del mundo.

El decreto de necesidad y urgencia 334/21 dictado por el Poder Ejecutivo nacional forma parte de un conjunto de normas dictadas con motivo de la emergencia sanitaria producto del brote del virus SARS-CoV-2, declarado pandemia por la OMS el 11 de marzo de 2020; desde esa fecha el Estado argentino ha venido tomando diferentes medidas con la finalidad de contener y mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2, así como de preservar la salud pública.

1. Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde, entre otros, quienes han señalado que ni siquiera una ley que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso podrá prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia.

Las medidas de mayor trascendencia que ha tomado el Poder Ejecutivo fueron el dictado de los decretos 260/20 y 297/20 por los cuales, respectivamente, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541 y se dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, en adelante ASPO, durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de 2020; el que fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y posteriormente, por los decretos 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1.033/20, 67/21; y el decreto 125/21 dispuso, según el territorio, distintas medidas que dieron origen al distanciamiento social preventivo y obligatorio, hasta el 12 de marzo del corriente año.

Cabe destacar que la labor de esta comisión durante el año 2020 fue esencial para darle trámite y validez a los decretos de mayor trascendencia relacionados a la pandemia, de los cuales fueron validados con dictamen de mayoría y de minoría los decretos 260/20, 287/20, 297/20, 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20 y el 576/20.

Por medio del decreto 334/21 se prorroga hasta el 11 de junio el decreto de necesidad y urgencia 287/21. A su vez, mediante la sustitución del inciso 4 del artículo 3° del DNU 287/21 se establece el criterio epidemiológico aplicable a los grandes aglomerados urbanos, departamentos o partidos de más de 300.000 habitantes para ser considerados en situación de alarma epidemiológica y sanitaria.

En el artículo 3° se establecen las medidas que se aplicarán en los departamentos, partidos y aglomerados que se encuentren en situación de “alto riesgo epidemiológico y sanitario” o de “alarma epidemiológica y sanitaria” desde el día 22 al 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021, entre las que se encuentran la suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales; las personas deberán permanecer en sus residencias habituales y solo podrán desplazarse para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos y otros artículos de necesidad en los comercios esenciales y para retiro de compras autorizadas; y restricción de circulación nocturna desde las 18 horas hasta las 6 horas del día siguiente.

En los artículos 5° y 6° se establecen las excepciones para circular con autorización para usar el transporte público y excepciones para circular sin uso de transporte público.

El Poder Ejecutivo explica, en los considerandos del decreto en cuestión, que las medidas adoptadas se toman teniendo en cuenta la situación epidemiológica del SARS-CoV-2 a escala internacional donde, a la fecha de emisión del decreto 334/21, la Organización Mundial de la Salud (OMS) registra 163,9 millones de casos y 3,4 millones de personas fallecidas; acumu-

lando nuestro continente el 25 % de los casos nuevos y 47 % de las muertes totales por SARS-CoV-2.

Sumado a este panorama mundial y regional se han detectado variantes o mutaciones del virus SARS-CoV-2 consideradas de preocupación, como la variante originaria en Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (VOC202012/01, linaje B.1.1.7), variante originaria de Sudáfrica (501Y.V2, linaje B.1.351) y la variante originaria de Brasil (variante P.1, linaje B.1.1.28); encontrándose en nuestro país las variantes de Reino Unido y Brasil.

Conforme lo expresan los fundamentos del decreto, nuestro país se encuentra atravesando la segunda ola del COVID-19; considerando que en las últimas semanas la curva de contagios continúa en aumento, siendo la tasa de incidencia acumulada de 7.395 casos cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad es de 2,1 % y la tasa de mortalidad es de 1.574 fallecimientos por millón de habitantes.

Durante el 2021 la evolución de la pandemia tuvo un aumento escalonado durante las semanas epidemiológicas 9 a 11; y en las semanas 13 y 14 se registró un aumento del 49 % de los casos positivos, lo que llevó a la implementación de medidas sanitarias específicas para lograr una estabilización de casos y luego un descenso hasta la semana epidemiológica 18. En la semana epidemiológica 19 nuevamente hay un aumento en el número de casos, afectando a la mayoría de las jurisdicciones del país de manera concomitante.

De las 24 jurisdicciones que componen nuestro país, 21 presentan alta incidencia –en promedio, 250 casos cada 100 mil habitantes en los últimos 14 días–, y 14 de ellas superan los 500 casos cada 100 mil habitantes en los últimos 14 días. Al 20 de mayo del corriente año, 188 departamentos presentan indicadores de riesgo alto, lo que representa casi el 90 % del total de departamentos de más de 40.000 habitantes.

El decreto, en sus fundamentos, expresa que las consecuencias de la mayor circulación del virus es el mayor número de casos y mayor número de casos graves que requieren internación en UTI; actualmente más del 50 % de las personas que ingresan a UTI fallecen, y de los mayores de 60 años que requieren asistencia respiratoria mecánica, aproximadamente el 80 % fallece. El aumento exponencial de casos, la tensión en el sistema de salud se produce en todos los niveles y esto incluye el agotamiento de los equipos de salud, que en muchas ocasiones se encuentra con alta sobrecarga laboral.

Estas razones alcanzan para poner evidencia la coyuntura extraordinaria que atraviesa nuestro país y el contexto de necesidad y urgencia que motiva la emisión del presente decreto.

Cabe destacar que el Poder Ejecutivo, con el fin de poner al Congreso de la Nación como protagonista de este debate, envió una iniciativa legislativa para que, en función de criterios científicos claros y precisos, se faculte al Ejecutivo nacional y a los gobernadores a tomar restricciones y medidas de cuidado durante esta situa-

ción excepcional. En consecuencia, mediante el mensaje 48/21, el presidente de nación envió el proyecto de ley “Emergencia COVID” que establece parámetros sanitarios, epidemiológicos y demográficos a tener en cuenta para definir las acciones de mitigación viral, y determina las facultades del presidente y de los gobernadores para dictar medidas de cuidado de la población.

El proyecto de ley cuenta con media sanción del Senado y durante su tratamiento en el recinto fueron aceptadas diversas propuestas que permitieron, entre otras cosas, otorgarles más poder a los gobernadores a la hora de aplicar medidas sanitarias en cada uno de sus distritos. De este modo, se incorporó un nuevo párrafo a los artículos 15 y 20 que es el siguiente: “Cuando dentro de los departamentos o partidos se encuentren ciudades, localidades o parajes cuyas condiciones sanitarias sean disímiles, los gobernadores y gobernadoras, en su carácter establecido en el artículo 4° de la presente ley, podrán diferenciarlas del resto del departamento o partido que integran y adoptar las medidas acordes a los riesgos sanitarios y epidemiológicos específicos de dicha ciudad, localidad o paraje, en función de los parámetros establecidos por la presente ley y en los términos de la misma”.

En conclusión, consideramos que las medidas adoptadas en el decreto de necesidad y urgencia 334/21 traído a análisis son proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de protección sanitaria dispuestas en forma temporaria, sino de la totalidad de los y las habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio del virus SARS-CoV-2, depende de que cada uno y cada una de nosotros y nosotras cumpla con ellas, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

Como se ha venido sustanciando en los diferentes dictámenes de los decretos precedentes que establecieron y prorrogaron el ASPO y DISPO, los derechos consagrados por el artículo 14 de nuestra Carta Magna están sujetos a limitaciones y restricciones que pueden disponerse por razones de orden público, seguridad, y salud pública.

La medida dispuesta refuerza su respaldo legal con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece en sus artículos sendas limitaciones al ejercicio de los derechos por ellos consagrados, sobre la base de la protección de la salud pública (artículos 12, inciso 3, y 22, inciso 3, respectivamente). Las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo nacional se encuentran en conformidad con lo establecido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

El derecho a la salud, cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que

tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, *Fallos*, 328:4640) y de igual forma se ha expresado nuestro máximo tribunal sobre el derecho a la salud, en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional, existiendo el deber impostergable del Estado nacional de garantizar este derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones provinciales y locales (*Fallos*, 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931; 328:1708; 338:1110).

La imperiosa necesidad del Poder Ejecutivo de contar con todas sus herramientas para realizar una eficiente administración de la crisis generada por la emergencia sanitaria creada por la pandemia del SARS-CoV-2 configura una necesidad que torna imposible el cumplimiento de los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

IV. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 334/21, siendo que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 334 del 21 de mayo de 2021.

Decreto 334/21

Marcos Cleri.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional, ha considerado el expediente 20-J.G.M.-21 referido al decreto de necesidad y urgencia 334, del Poder Ejecutivo nacional, del 21 de mayo de 2021, mediante el cual se prorrogó el decreto de necesidad y urgencia 287/21 hasta el 11 de junio de 2021 y se dispusieron diversas previsiones complementarias.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto y los que oportunamente brindará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declárase la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 334, del 21 de mayo de 2021.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 26 de mayo de 2021.

*Omar De Marchi. – Gustavo Menna. –
Pablo G. Tonelli. – Silvia del Rosario
Giacoppo.*

INFORME

1. Introducción

El jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 334, del Poder Ejecutivo nacional, del 21 de mayo de 2021, mediante el cual se prorrogó el decreto de necesidad y urgencia 287/21 hasta el 11 de junio de 2021 y se dispusieron diversas previsiones complementarias.

Para fundamentar la decisión se afirma en los considerandos que nuestro país se encuentra atravesando una segunda ola de COVID-19. Y que en lo que va de 2021, en relación con la evolución de la pandemia en la Argentina, de la semana epidemiológica 9 a la 10, los casos aumentaron un 5 %, de la semana 10 a la 11 un 11 % y de la semana 13 a la 14 un 49 %, observándose en las semanas posteriores, luego de la implementación de medidas sanitarias específicas, una estabilización de casos y luego un descenso hasta la semana epidemiológica 18.

Por ende, en la semana epidemiológica 19, se observa nuevamente un crecimiento en el número de casos, afectando a la mayoría de las jurisdicciones del país de manera concomitante.

En tal sentido, entonces, si se compara el pico 2020 con el pico 2021, en población general, el aumento en el número de casos fue del 69 %, mientras que en el grupo de 0 a 19 años fue de 110 %.

Así pues, la incidencia en muchos aglomerados urbanos es muy elevada con alta tensión en el sistema de salud, lo que genera riesgo de saturación y aumento de la mortalidad.

A este respecto, cabe señalar que 21 de las 24 jurisdicciones, presentan alta incidencia en promedio –250 casos cada 100 mil habitantes en los últimos 14 días–, y 14 de ellas superan los 500 casos cada 100 mil habitantes en los últimos 14 días.

Con todo, ante el aumento exponencial de casos, la tensión en el sistema de salud se produce en todos los niveles y esto incluye el agotamiento de los equipos de salud, que en muchas ocasiones se encuentra con alta sobrecarga laboral. En efecto, el nivel de circulación viral produce un altísimo riesgo de saturación del sistema de salud, evidenciado por la ocupación de camas y el número de personas internadas en UTI y

genera demanda crítica de insumos necesarios para la atención de los pacientes.

Además, todas las actividades que aumenten la circulación de las personas o que se realicen en espacios cerrados, mal ventilados, con aglomeración de personas o sin respetar las medidas de distanciamiento y uso adecuado de barbijo conllevan alto riesgo de transmisión de SARS-CoV-2.

Por ello, se afirma en los fundamentos del decreto que ante la actual situación epidemiológica, las medidas de prevención de COVID-19 se deben fortalecer en todo el territorio nacional, evaluando las particularidades de cada partido o departamento, la dinámica de la epidemia y el conocimiento adquirido acerca de las actividades de mayor riesgo.

Por ende, para el presidente de la Nación resultó necesario disponer, desde el 22 de mayo y hasta el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021, la suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales para los lugares definidos como en situación de “alto riesgo epidemiológico y sanitario” o en situación de “alarma epidemiológica y sanitaria”; así como la obligación de permanencia en los hogares por parte de las personas y la restricción de la circulación nocturna, todo ello en los términos señalados en el artículo 3° del decreto, como veremos.

Finalmente, el Poder Ejecutivo establece las excepciones a la circulación con y sin autorización para la utilización del transporte público de pasajeros, respectivamente.

2. Competencia de la comisión

Aclarado lo anterior y de acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto de necesidad y urgencia, dictado por el presidente de la Nación, en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de las facultades previstas en el tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de una disposición de carácter legislativo exige que se verifique el control establecido por la Constitución Nacional y por la ley 26.122, con el propósito de que esta Comisión Bicameral Permanente se expida –a través de un dictamen– acerca de la validez o invalidez del decreto, para que posteriormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó, permite la emisión de decretos por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando se verifiquen circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia.

Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido al control posterior de validez y legalidad del Poder Legislativo,

en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia y exclusiva es la sanción de leyes.

3. Objeto del decreto 334/21

Tras los fundamentos expuestos, el decreto prorogó el decreto de necesidad y urgencia 287, del 30 de abril de 2021. Este decreto estableció una serie de medidas que pueden ser resumidas, entre otras, del siguiente modo:

1. Parámetros para definir riesgo epidemiológico y sanitario. Se establecen parámetros para definir la existencia de “bajo riesgo”, “mediano riesgo” o “alto riesgo” epidemiológico y sanitario en los departamentos o partidos de más de más de 40.000 habitantes y los grandes aglomerados urbanos, departamentos o partidos que se encuentran en situación de alarma epidemiológica y sanitaria.

Los grandes aglomerados urbanos, departamentos o partidos de más de 300.000 habitantes serán considerados en “situación de alarma epidemiológica y sanitaria” cuando la incidencia definida como el número de casos confirmados acumulados de los últimos 14 días por 100.000 habitantes sea igual o superior a 500 o el porcentaje de ocupación de camas de terapia intensiva sea mayor al 80 %.

La autoridad sanitaria nacional podrá modificar, en forma fundada, los parámetros previstos en este artículo, de acuerdo a la evolución epidemiológica y sanitaria.

Prevé el decreto que la clasificación de los grandes aglomerados urbanos y los partidos y departamentos, conforme los incisos 1, 2, 3 y 4 de la norma, se detallen y actualicen periódicamente en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación.

2. Actividades suspendidas en todo el territorio nacional. Se suspenden en todo el país las siguientes actividades:

a) Viajes grupales de egresados, de jubilados, de estudio, para competencias deportivas no oficiales, de grupos turísticos y de grupos para la realización de actividades recreativas y sociales, lo que será debidamente reglamentado.

Las excursiones y actividades turísticas autorizadas se deberán realizar de acuerdo a los protocolos y normativa vigente, debiendo efectuarse exclusivamente en transportes que permitan mantener ventilación exterior adecuada de manera constante y cruzada;

b) Actividades y reuniones sociales en domicilios particulares de más de 10 personas, salvo mayores restricciones establecidas en el presente decreto.

3. Aforo. Las actividades económicas, industriales, comerciales y de servicios podrán realizarse en tanto posean un protocolo de funcionamiento aprobado por la autoridad sanitaria nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda,

que contemple la totalidad de las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional.

Se restringe el uso de las superficies cerradas, autorizándose, como máximo, el uso del 50 % de su capacidad, salvo en los casos en que expresamente esté previsto un aforo menor por normativa vigente, por otras disposiciones del mismo decreto o por protocolo ya aprobado.

4. Clases presenciales. Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el mismo decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las resoluciones 364, del 2 de julio de 2020; 370, del 8 de octubre de 2020; 386 y 387, ambas del 13 de febrero de 2021 del Consejo Federal de Educación, sus complementarias y modificatorias.

Los gobernadores de provincias y el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades presenciales, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

5. Suspensión de clases presenciales. En los aglomerados urbanos, departamentos o partidos que se encuentren en situación de alarma epidemiológica y sanitaria queda suspendido el dictado de clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, durante la vigencia del decreto.

Queda exceptuada de la suspensión de las clases presenciales la modalidad de educación especial, en acuerdo con sus familias, y, asimismo, se deberán arbitrar los medios para cumplir con los apoyos y el acompañamiento educativo de los y las estudiantes con discapacidad.

6. Restricción a la circulación nocturna. En los departamentos y partidos de alto riesgo epidemiológico y sanitario, conforme lo establecido en el artículo 3° y con el objetivo de proteger la salud pública y evitar situaciones que puedan favorecer la circulación del virus SARS-CoV-2, se establece la restricción de circulación para las personas, entre las 0 y las 6 horas.

Por lo demás, el decreto 334/21 dispuso medidas complementarias al decreto 287/21, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1. Medidas aplicables a lugares en alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma epidemiológica y sanitaria entre el 22 de mayo y el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021. En los departamentos, partidos y aglomerados que se encuentren en situación de alto riesgo epidemiológico y sanitario o de alarma epidemiológica y sanitaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del decreto 287/21, se aplicarán, desde el 22 de mayo y

hasta el 30 de mayo de 2021 inclusive y los días 5 y 6 de junio de 2021, además de las vigentes, las siguientes medidas:

a) Suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales.

Los trabajadores deberán realizar sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo, cuando ello sea posible. Cuando no fuera posible, los trabajadores recibirán una compensación no remunerativa equivalente a su remuneración habitual neta de aportes y contribuciones al sistema de seguridad social. Los trabajadores, así como los empleadores, deberán continuar efectuando sobre la remuneración imponible habitual los aportes personales y las contribuciones patronales correspondientes a la obra social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (leyes 19.032, 23.660 y 23.661).

b) Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales y solo podrán desplazarse para provisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos y otros artículos de necesidad en los comercios esenciales y para retiro de compras autorizadas por este decreto, siempre en cercanía a sus domicilios.

Podrán realizarse salidas de esparcimiento en espacios públicos, al aire libre, de cercanía, en horario autorizado para circular, y dando cumplimiento a las reglas de conducta generales y obligatorias establecidas en el artículo 4° del decreto 287/21. En ningún caso se podrán realizar reuniones de personas, ni concentraciones, ni prácticas recreativas grupales, ni se podrá circular fuera del límite del partido, departamento o jurisdicción del domicilio de residencia.

c) La restricción de circulación nocturna establecida en el artículo 18 del decreto 287/21 y ampliada por el inciso 6° del artículo 21 del mismo regirá desde las 18 horas hasta las 6 horas del día siguiente.

2. Excepciones para circular, con autorización para usar transporte público. Se establece y reitera la nómina de las personas exceptuadas de las restricciones previstas en el artículo 3° y que sí están autorizadas al uso del transporte público de pasajeros.

Todas las personas exceptuadas conforme este artículo deberán portar el certificado único habilitante para circulación - emergencia COVID-19 que las habilite a circular y, en su caso, al uso de transporte público.

Los desplazamientos de las personas exceptuadas deberán limitarse al estricto cumplimiento de la actividad autorizada.

4. *Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales*

Es necesario destacar que el Poder Ejecutivo nacional ha dejado constancia en el último párrafo de los considerandos del decreto que la medida se dictó en virtud de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Así entonces, es menester verificar que se cumpla con los recaudos formales y sustanciales para habilitar su procedencia.

a) *Requisitos formales*

El artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional establece una serie de requisitos de índole formal y sustancial para que se justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del presidente de la Nación.

El primero de esos recaudos formales es que el decreto en cuestión sea decidido en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitirlo al Congreso dentro de los diez días posteriores a la emisión del decreto, lo que constituye un segundo recaudo formal.

Así entonces, el primer análisis de un decreto de necesidad y urgencia, a la hora de dictaminar acerca de su validez, debe ser el referido a los mencionados recaudos formales. Solo luego de superado ese primer análisis o control, corresponde considerar la existencia, o no, de las circunstancias excepcionales igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 334/21 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

Asimismo, está acreditado que el decreto 334/21 fue remitido en tiempo y forma al Congreso, toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de esta Comisión Bicameral de Trámite Legislativo dentro del plazo constitucionalmente previsto. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener también por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

b) *Requisitos sustanciales*

Ahora bien, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan “circunstancias excepcionales” que requieran pronto remedio y que sea “imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que el Congreso deba pronunciarse, determinar si han existido las circunstancias excepcionales y la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes que justificarían y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Vale recordar, que en el célebre caso “Verrocchi” la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante

el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (*Fallos*, 322:1726, 19/8/1999, considerando 9°; doctrina confirmada por la Corte Suprema de Justicia, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado nacional - Poder Ejecutivo nacional s/ nulidad de acto administrativo”, *Fallos*, 338:1048, 2015).

Asimismo, en “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada”, la Corte requirió expresamente, para justificar la imposibilidad de seguir el trámite ordinario de las leyes, “que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan” (1/11/2003, *Fallos*, 326:3180).

De esta forma todo análisis razonable que pretenda validar un decreto de necesidad y urgencia debe efectuarse a la luz del texto constitucional y bajo las premisas interpretativas emanadas del tribunal cimero.

Es harto sabido que la procedencia de los decretos de necesidad y urgencia debe justificarse a la luz de parámetros objetivos que permitan dilucidar si la medida adoptada obedece a una situación de excepcionalidad y urgencia o, por el contrario, se traduce en un acto de mera conveniencia. Lo primero está permitido a quien resulta ser el responsable político de la administración del país; lo segundo, no.

5. Exceso en el ejercicio del poder de policía de emergencia

El 20 de marzo de 2020, el presidente de la Nación dictó el decreto de necesidad y urgencia 297/20, que dispuso por primera vez el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todos los habitantes del país y para las personas que se encontraran transitoriamente en él.

Esta medida fue prorrogada después por los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/220, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1.033/20, 67/21, 125/21, 168/21, 235/21, 241/21, 287/21 y 334/21. Es decir, fue prorrogada, hasta la fecha, mediante veinticuatro (24) decretos de necesidad y urgencia. Esto equivale a decir que el presidente –en apenas algo más de un año– decidió utilizar la prerrogativa excepcional de los decretos de necesidad y urgencia para prorrogar el aislamiento y evitarlo por medio del Congreso de la Nación, órgano natural para la reglamentación de los derechos individuales.

Esta predilección por los decretos de necesidad y urgencia podía resultar razonable en los primeros momentos de la pandemia, en los cuales la incertidumbre

y la emergencia, sin dudas, ameritaban resoluciones expeditas y urgentes. Pero luego de tantos meses transcurridos, la selección del medio perdió toda aquella razonabilidad factible de las primeras circunstancias acontecidas. En efecto, a más de un año de la aplicación de las sucesivas reglamentaciones intensivas, el presidente de la Nación sigue considerando que los decretos de necesidad y urgencia resultan más convenientes que legislar como manda la Constitución, que es mediante leyes discutidas y aprobadas en el Congreso de la Nación.

A esto se suma el hecho de que las Cámaras del Congreso sesionan actualmente y desde hace varios meses por medios telemáticos e incluso presencialmente para algunos legisladores.

El poder de policía de emergencia que viene ejerciendo el Poder Ejecutivo excede los parámetros temporales que caracterizan, precisamente, a la restricción de los derechos humanos con intensidad extrema. Ciertamente, este tipo de medidas deben ser transitorias y de corta duración, y no conservar un intervencionismo estatal profundo, estable y ordinario.

La grave circunstancia del brote epidemiológico justificó la emisión de los primeros decretos de necesidad y urgencia y la regulación intensa de los derechos. Pero luego, con el devenir de los meses, este fundamento gradualmente fue perdiendo fuerza, sobre todo porque el Congreso Nacional empezó a funcionar. Básicamente no hay motivos para sortear al Congreso, que está funcionando normalmente. En tal virtud, la extensión del aislamiento y de las medidas restrictivas se tornan arbitrarios, al menos en muchos casos y actividades.

Las sucesivas prórrogas dispuestas por el Poder Ejecutivo mediante los sucesivos decretos de necesidad y urgencia no guardan además coherencia alguna con los recaudos habilitantes para la emisión de esta clase de decretos: que las circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes.

Hoy las Cámaras funcionan y pueden perfectamente discutir los términos y condiciones, conveniencias y méritos de las distintas previsiones jurídicas que modifican los derechos cotidianos de las personas.

El hecho de que el Poder Ejecutivo siga dictando decretos de necesidad y urgencia con el objeto de prorrogar el distanciamiento y el aislamiento social preventivo y obligatorio genera una omisión deliberada hacia el órgano ordinario para la sanción de este tipo de medidas, que es el Congreso de la Nación. Además, la efectiva duración de estas medidas ejecutivas excepcionales, como quedó advertido, debe ser temporal y no definitiva, porque de otro modo se correría el riesgo de que las circunstancias habilitantes dejen de ser pasajeras para convertirse en estructurales.

Finalmente, es necesario recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema, para que proceda la emisión de un decreto de necesidad y

urgencia es preciso que “sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal” (“Verrocchi”, *Fallos*, 322:1726, ya citado).

En definitiva, la mera “conveniencia” o el “capricho” del titular del Poder Ejecutivo no resulta una circunstancia habilitante para el ejercicio de la facultad legislativa excepcional prevista en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, sino que por el contrario “el texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (*Fallos*, 333:633, considerando 12). En efecto, como se ha dicho reiteradas veces, no se trata de que exista una “dificultad” para sancionar una ley, sino una verdadera “imposibilidad”, la cual no ha quedado acreditada tampoco en este caso.

La Constitución Nacional exige que las limitaciones de los derechos individuales sean sancionadas por el Congreso de la Nación mediante un procedimiento deliberativo de decisión. En emergencia, esta pauta elemental de la democracia se torna todavía más intensa. Así pues, todas aquellas restricciones de los derechos de las personas tanto humanas como jurídicas que resulten realizadas por fuera o bien reñidas con los procedimientos constitucionales deben ser consideradas ilegales y, sobre todo, antidemocráticas.

Por lo demás, resulta oportuno señalar que el Poder Ejecutivo envió el 10 de mayo de 2021, hace apenas dos semanas, un proyecto de ley al Senado con el propósito de establecer diversas delegaciones administrativas y consagrar ciertos parámetros epidemiológicos y sanitarios regulatorios de la emergencia COVID-19. Dicho de otro modo, el presidente de la Nación consideró oportuno enviar una propuesta al Congreso de la Nación para debatir y eventualmente sancionar las restricciones de los derechos individuales recién después de un año de iniciada la pandemia en la Argentina.

Ese proyecto ya ha sido tratado y aprobado por el Senado. Sin embargo, sin aguardar el tratamiento por parte de la Cámara de Diputados, el presidente se apresuró y dictó el decreto bajo análisis.

Pero lo peor del caso es que este nuevo decreto es una reedición de los últimos decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente, que en buena medida fueron dejados sin efecto por la Corte Suprema mediante una reciente sentencia.

Se repite el error de pretender transferir atribuciones de las provincias al gobierno central, de violar el federalismo y de querer investir al presidente con algo parecido a la suma del poder público. En lugar de esforzarse tanto por desarticular nuestro federalismo,

el gobierno debería concentrar sus esfuerzos en conseguir vacunas para todos los argentinos y dejar que los gobernadores ejerzan en plenitud sus facultades y atribuciones.

Eso sí sería eficaz para luchar contra la pandemia que tanto nos afecta.

6. *Transgresión a la autonomía de las provincias*

La Constitución Nacional es clara cuando en el artículo 5° reconoce expresamente las autonomías provinciales. Precisamente, consagra que es función de cada provincia (y, por supuesto, aquí se encuentra equiparada la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –véanse los casos “Corrales”, “Bazán”, “Nisman” y “Córdoba”) asegurar la administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Y bajo estas condiciones es “el gobierno federal” el que debe ser garante de cada provincia en cuanto al goce y ejercicio de sus instituciones. En otras palabras, el gobierno federal debe garantizar la autonomía de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires cuando cumplen con ese cometido educativo.

Es evidente entonces que el Estado nacional debe ser garante del acceso a la educación solamente en el caso en el que las provincias y la ciudad no lo cumplieren. Es decir, no puede impedir su acceso ni organizarlo de manera tal que implique una negación de ese derecho fundamental.

Pues bien, el decreto 287/21, que ahora resulta prorrogado, viola de manera flagrante la autonomía provincial, específicamente en lo atinente a la educación primaria. Y por ende, también la viola el decreto 334/21 bajo consideración. Porque regula, ciertamente, una atribución propia de la entidad federativa, que es la educación. De hecho, la Constitución de la ciudad dedica un capítulo entero a determinar los aspectos referidos a la educación. Así, por ejemplo, la ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar la educación (artículo 24) y reconoce y garantiza un sistema educativo (artículo 23).

En concreto, la organización y el funcionamiento de la educación no solo es una obligación a cargo de los estados locales, sino que es una condición para que se garantice la autonomía provincial. En definitiva, en el caso que nos ocupa, es una condición esencial para el funcionamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como entidad autónoma.

La medida dispuesta por el Poder Ejecutivo suplantando entonces la voluntad política de los gobiernos provinciales autónomos.

Así las cosas, el gobierno federal no cuenta con facultades constitucionales para inmiscuirse en la prestación del servicio de educación atento a que la educación obligatoria es una actividad esencial de la Constitución Nacional que los gobiernos locales están obligados a garantizar y en la cual ellos tienen plena competencia para legislar como una materia local propia.

Asimismo, cabe destacar que el artículo 129 de la Constitución Nacional solamente limita la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte a aquellas que ejercen las autoridades nacionales, y siendo que la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación es eminentemente local, no puede admitirse entonces la intervención y regulación intensiva de esos derechos por parte del poder federal en las provincias.

Así pues, el decreto 334/21 no solo carece de la respectiva correspondencia constitucional, por cuanto quebranta la autonomía de las provincias en lo atinente a la materia educativa, sino que además ostenta graves vicios en su motivación. Claramente, los fundamentos que utiliza el decreto 287/21, y ahora los consignados en el decreto 334/21, no logran conmover en absoluto los datos fácticos, científicos y epidemiológicos que derivaron de la experiencia de presencialidad en las clases de diversas provincias.

Lo inédito y sorprendente de este nuevo decreto es que será la autoridad sanitaria nacional –es decir, un organismo ministerial de menudísima representatividad democrática– quien decida el segmento o nivel de riesgo al que pertenecerá cada provincia. Con otras palabras, será un ministro quien transgreda la autonomía de toda una provincia. Y más aún, podrá hacerlo de manera dinámica, o sea “de acuerdo a la evolución epidemiológica y sanitaria” (artículo 3° del decreto 287/21).

En otro orden, es necesario señalar que la redacción del tercer párrafo del artículo 13 del decreto 287/21 permite que las provincias puedan decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad de Buenos Aires, no. Así, la medida constituye una clara violación al principio de igualdad, no solo por ser irrazonable en cuanto a la proporcionalidad del medio seleccionado, sino por exhibir una evidente y arbitraria discriminación.

En este aspecto, como lo ha resuelto la Corte Suprema, las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y eviten desnaturalizar los derechos constitucionales del afectado (*Fallos*, 332:2468; 333:993; 334:434; 335:239). De esta forma, el máximo tribunal delimitó el estándar referido al examen de la proporcionalidad de los medios a los fines propuestos y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales involucrados (*Fallos*, 247:121).

Desde esta perspectiva, es dable afirmar que la determinación adoptada por el Estado nacional es absolutamente arbitraria, producto del medio escogido y de la desviación del interés público comprometido llevado a cabo; además desnaturaliza los derechos constitucionales y convencionales referidos a la educación; y finalmente basa la decisión en la sola voluntad del órgano emisor del decreto, lo que la convierte en inconsulta.

7. El criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia

Finalmente, es necesario recordar que luego de la emisión del decreto de necesidad y urgencia 241/21, que suspendió las clases presenciales en el área metropolitana, surgieron diversas resoluciones judiciales y opiniones institucionales contrarias a la decisión presidencial, incluido un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que invalidó la mencionada norma, idéntica a la que ahora analizamos.

Así, la Cámara de Apelaciones en lo CATyRC (sala IV) resolvió “disponer la suspensión de lo dispuesto en el artículo 2°, párrafo tercero del decreto 241/21 y ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que en el marco de su autonomía y competencias propias disponga la continuidad de la presencialidad de las clases en el ámbito del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, conforme la resolución conjunta del Ministerio de Educación y de Salud 1/21” (caso “Fundación centro de estudios en políticas públicas s/ incidente de queja por apelación denegada”, del 18/4/21).

Asimismo, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 resolvió “ordenar al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: a) se abstenga de computar las faltas y/o quita de vacantes respecto de aquellos/as alumnos/as cuyos padres y madres resolvieran la no concurrencia de sus hijos/as a los establecimientos educativos; y b) adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la escolaridad virtual del colectivo involucrado en autos. Todo ello hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelva la cuestión planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respecto a la constitucionalidad del artículo 2° del decreto de necesidad y urgencia 241/21 o hasta el cumplimiento del plazo dispuesto en dicho artículo, lo que ocurra primero” (caso “Leguisa, Andrea Soledad y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo”, del 19/4/21).

Seguidamente, aunque no sea una resolución judicial, el dictamen de la Procuración ante la Corte Suprema sostuvo que “los argumentos expuestos en la norma impugnada (se refiere al decreto 241/21) no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles” (“Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado nacional (Poder Ejecutivo nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Corte Suprema de Justicia 567/2021-00, del 29/4/21).

En tal sentido, el procurador opinó que “no ha sido debidamente acreditado que el dictado de clases presenciales haya sido la causa del agravamiento de la situación sanitaria a la que aludió el decreto impugnado, en cuyos considerandos se efectúan afirmaciones genéricas acerca de la necesidad de reducir la circulación de personas y el uso del transporte público, sin precisar adecuadamente la supuesta relación directa e inmediata entre las actividades de educación presencial y el crecimiento exponencial de casos en la región”.

Por otro lado, advirtió que “desde el regreso a la modalidad presencial del dictado de clases, siempre se les confió a los gobiernos locales su eventual suspensión temporaria, así como su reinicio, de acuerdo con la evaluación que sus titulares realizaran del riesgo epidemiológico. Sin embargo, ese criterio fue modificado por el mismo Estado nacional sin que se aprecien fundamentos acerca de los motivos por los cuales asumió facultades en relación con una actividad que antes había dejado en manos de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y sólo en relación con una región que comprende a esta última”.

Y finalmente, el fallo de la Corte Suprema dispuso terminantemente, y por mayoría, que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de todas las provincias (Corte Suprema de Justicia “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado nacional (Poder Ejecutivo nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 4/5/21).

Algunos de los trascendentes argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

“El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora.

”En conclusión, en el examen de legalidad del artículo 10 *in fine* del decreto de necesidad y urgencia 235/2021, a partir de su modificación por el artículo 2° del decreto de necesidad y urgencia 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena” (últimos párrafos del considerando 19, voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Por su parte, el juez Rosenkrantz afirmó:

“Que, de acuerdo con las normas reseñadas, resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación.

”En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado nacional –aun a la luz de la declaración de emergencia– solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (artículo 75, inciso 13, de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las

provincias (artículo 75, inciso 18, de la Constitución) [...] (considerando 9°).

Asimismo, en el último párrafo del considerando 10, sostuvo: “En consecuencia, dado que –según se dijo– está en juego la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado nacional de que una actividad reviste carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia”.

A la vez, sentenció que “suspender las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la provincia de Buenos Aires, que el Gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación referidas” (considerando 11).

Y tras ello, resolvió que “corresponde concluir que la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el artículo 10, último párrafo, del decreto 235/21, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional” (considerando 15).

Finalmente, el magistrado Lorenzetti, tras recorrer y resumir los criterios de su voto, concluye que:

“La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales.

”El Estado nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases (*Fallos*, 340:1795, considerando 15), pero no puede, normalmente, sustituir las, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206)” (considerando 17).

En consecuencia, no caben dudas de que tanto el decreto 241/21, como el 287/21 y ahora el 334/21 alteran gravemente las autonomías provinciales y de la ciudad y son inválidos.

8. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, dado que se encuentran cumplidos los requisitos formales, pero no los sustanciales, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 334, del 21 de mayo de 2021, del Poder Ejecutivo nacional.

Decreto 334/21

Pablo G. Tonelli.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 25 de mayo de 2021.

A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 334 del 21 de mayo de 2021, que se acompaña.

Mensaje 26

SANTIAGO A. CAFIERO.

Eduardo E. de Pedro.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2021.

VISTO el expediente EX-2021-30224613-APN-DSGA#SLYT, la ley 27.541; los decretos 260 del 12 de marzo de 2020 y sus modificatorios; 287 del 17 de marzo de 2020; 297 del 19 de marzo de 2020; 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; 493 del 24 de mayo de 2020; 520 del 7 de junio de 2020; 576 del 29 de junio de 2020; 605 del 18 de julio de 2020; 641 del 2 de agosto de 2020; 677 del 16 de agosto de 2020; 714 del 30 de agosto de 2020; 754 del 20 de septiembre de 2020; 792 del 11 de octubre de 2020; 814 del 25 de octubre de 2020; 875 del 7 de noviembre de 2020; 956 del 29 de noviembre de 2020; 985 del 10 de diciembre de 2020; 1.033 del 20 de diciembre de 2020; 4 del 8 de enero de 2021; 67 del 29 de enero de 2021; 125 del 27 de febrero de 2021; 167 del 11 de marzo de 2021; 168 del 12 de marzo de 2021; 235 del 8 de abril de 2021; 241 del 15 de abril de 2021 y 287 del 30 de abril de 2021, sus normas complementarias, y

CONSIDERANDO:

Que, como se ha señalado oportunamente en la normativa citada en el visto del presente, con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud, en adelante la OMS, declaró el brote del virus SARS-CoV-2 como una pandemia.

Que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional requirió, pocos días después, la adopción de medidas para hacer frente a la emergencia, dando lugar al dictado de los decretos 260/20 y 297/20 por los cuales, respectivamente, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541 y se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, en adelante ASPO, durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de 2020; el que fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20.

Que, posteriormente, por los decretos 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1.033/20, 67/21 y 125/21 se dispusieron, según el territorio, distintas medidas que dieron origen al distanciamiento social, preventivo y obligatorio, en adelante DISPO, hasta el 12 de marzo del corriente año, inclusive.

Que por el decreto 167/21 se prorrogó la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27.541 y ampliada por el decreto 260/20, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Que mediante el mensaje 48 del 10 de mayo de 2021, el Poder Ejecutivo nacional envió al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley por el cual se proponen indicadores precisos para establecer el nivel de riesgo epidemiológico y sanitario de cada zona del país. El proyecto establece un modelo que da previsibilidad al precisar las acciones oportunas que registrarán ante el riesgo creciente, además de las que adopten las autoridades provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el Poder Ejecutivo nacional, según el caso. Esos indicadores nos permiten conocer de antemano las restricciones que deben imponerse en cada contexto. Ese es el espíritu del decreto de necesidad y urgencia que rige desde hace tres (3) semanas.

Que un país no puede tener veinticuatro (24) estrategias sanitarias diferentes ante una situación tan grave. No se puede fragmentar la gestión de la pandemia, porque lo que sucede en cada provincia o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires impacta tarde o temprano en las otras zonas del país.

Que nos enfrentamos a una sola pandemia que inexorablemente se expande sobre todo el territorio. No reconoce límites ni jurisdicciones. Hay consensos científicos y una vasta experiencia internacional que así lo demuestra. Al elaborar el proyecto de ley que elevamos al Congreso Nacional, hemos incorporado la experiencia que acumulamos en este tiempo. Más allá de lo peculiar de cada zona necesitamos un marco regulatorio nacional común para enfrentar a la pandemia, minimizar el número de contagios y garantizar la atención hospitalaria para quienes lo requieran.

Que el inmenso trabajo de fortalecimiento del sistema de salud realizado desde marzo de 2020 y que continúa en la actualidad ha generado mejores condiciones para la atención de cada persona que lo necesitó. Ahora bien, tanto desde la ética del cuidado como desde la preservación de la economía, la educación y todas las actividades sociales, resulta crucial mitigar el impacto de la pandemia.

Que la velocidad en el crecimiento de los contagios en el marco de la segunda ola de la pandemia de COVID-19 ha exhibido, a nivel internacional, escenarios dramáticos en términos de consecuencias para la vida y la salud de las personas y para las economías de países con más fortalezas que el nuestro.

Que omitir la adopción de medidas oportunas y razonables, focalizadas y transitorias, fundadas en evi-

dencia científica y en la experiencia internacional para evitar estas consecuencias significaría asumir el riesgo de que se produzcan consecuencias irreversibles para la salud pública.

Que, como se señaló al momento de dictar el decreto 241/21, se debe destacar que esta gestión de gobierno tiene por objetivo atravesar esta etapa de la pandemia de COVID-19 con la maximización del proceso de vacunación que ya está en marcha y, ante la detección de situaciones de urgencia y necesidad, actuar en forma oportuna, focalizada y temporaria para suspender la realización de determinadas actividades o la circulación de personas, para disminuir la velocidad en el incremento de los contagios y prevenir la saturación del sistema de salud.

Que, como se viene señalando, solo en materia de salud se destinaron importantes recursos a la atención de la emergencia orientados al otorgamiento de incentivos al personal de salud, a transferencias financieras y en especie a las provincias, a la compra y distribución de equipamiento, bienes, insumos, recursos y a obras para hospitales nacionales.

Que, actualmente, se encuentra en desarrollo el proceso de vacunación en las veinticuatro (24) jurisdicciones del país para la población objetivo.

Que, a nivel mundial, al 19 de mayo de 2021, se confirmaron 163,9 millones de casos y 3,4 millones de personas fallecidas, en un total de doscientos veintitrés (223) países, áreas o territorios, por COVID-19.

Que la región de las Américas representa el veinticinco por ciento (25 %) del total de nuevos casos a nivel mundial en la última semana y que, en relación con los casos acumulados, la región de las Américas comprende el cuarenta por ciento (40 %) de los casos y el cuarenta y siete por ciento (47 %) de las muertes totales.

Que la situación en la región continúa siendo dispar, siendo los EE.UU. y el Brasil los países que lideran el total acumulado de casos de la región. Los EE.UU. es el país que más casos presenta cada 100.000 habitantes y el Brasil el que más fallecidos ha tenido cada 1.000.000 de habitantes. Por su parte, México es el país que presenta mayor letalidad en América –nueve coma dos por ciento (9,2 %)–.

Que se han detectado variantes del virus SARS-CoV-2, consideradas de preocupación (VOC 202012/01, linaje B.1.1.7, identificación originaria en Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; variante 501Y.V2, linaje B.1.351, identificación originaria en Sudáfrica; variante P.1, linaje B.1.1.28, identificación originaria en el Brasil, y variante B.1.617, identificación originaria en India), en diversos países, afectando varios continentes, por lo que se desarrollaron estrategias para disminuir la posibilidad de transmisión de estas variantes a nuestro país.

Que, debido a esto, desde el mes de diciembre de 2020 se implementaron medidas tendientes a restringir el ingreso de personas desde otros países, a solici-

tar el test de PCR previo al abordaje a aeronaves, el testeo a viajeros y viajeras al ingreso al país y la obligatoriedad de realizar aislamiento durante diez (10) días desde el test de PCR.

Que, en las últimas semanas, continúan en aumento, pero a menor velocidad, los casos en la mayoría de los países de la región, principalmente en América del Sur, con saturación de los sistemas de salud en algunos países.

Que la tasa de incidencia acumulada para la Argentina es de 7.395 casos cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad disminuyó levemente, siendo de dos coma uno por ciento (2,1 %), y la tasa de mortalidad es de mil quinientos setenta y cuatro (1.574) fallecimientos por millón de habitantes.

Que nuestro país se encuentra atravesando una segunda ola de COVID-19.

Que, en esta segunda ola, inicialmente, el aumento de casos afectó principalmente al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), en donde ocurrieron el setenta por ciento (60 %) de los casos, y que actualmente el treinta y ocho coma dos por ciento (38,2 %) de los casos nuevos ocurre en esta región.

Que la velocidad de aumento de casos registrada en 2021 fue muy superior a lo observado en 2020.

Que, en lo que va del año 2021, en relación con la evolución de la pandemia en la Argentina, de la semana epidemiológica 9 a la 10, los casos aumentaron un cinco por ciento (5 %); de la semana 10 a la 11, un once por ciento (11 %) y de la semana 13 a la 14, un cuarenta y nueve por ciento (49 %), observándose en las semanas posteriores, luego de la implementación de medidas sanitarias específicas, una estabilización de casos y luego un descenso hasta la semana epidemiológica 18.

Que en la semana epidemiológica 19, se observa nuevamente un crecimiento en el número de casos, afectando a la mayoría de las jurisdicciones del país de manera concomitante.

Que si se compara el pico 2020 con el pico 2021, en población general, el aumento en el número de casos fue del sesenta y nueve por ciento (69 %), mientras que, en el grupo de cero (0) a diecinueve (19) años, fue de ciento diez por ciento (110 %).

Que la incidencia en muchos aglomerados urbanos es muy elevada con alta tensión en el sistema de salud, lo que genera riesgo de saturación y aumento de la mortalidad.

Que veintiuna (21) de las veinticuatro (24) jurisdicciones presentan alta incidencia en promedio –doscientos cincuenta (250) casos cada 100 mil habitantes en los últimos catorce (14) días– y catorce (14) de ellas superan los quinientos (500) casos cada 100 mil habitantes en los últimos catorce (14) días.

Que al 28 de marzo del corriente año, cuarenta y ocho (48) departamentos de más de cuarenta mil (40.000) habitantes del país presentaban indicadores

de riesgo alto, al 15 de abril aumentaron a ciento cincuenta y siete (157) y al 20 de mayo ya son ciento ochenta y ocho (188) los departamentos en esta situación, lo que representa casi el noventa por ciento (90 %) del total de departamentos de más cuarenta mil (40.000) habitantes.

Que la evolución de la pandemia varía no solo entre jurisdicciones sino también entre departamentos o partidos de una misma jurisdicción.

Que las personas mayores de sesenta (60) años registraron durante el 2020 más del ochenta y tres por ciento (83 %) de los fallecimientos, mientras que las personas menores de sesenta (60) años registraron más del ochenta y cinco por ciento (85 %) de los casos.

Que el grupo de personas mayores de sesenta (60) años registró durante el 2021 el ochenta por ciento (80 %) de los fallecimientos, mientras que el grupo de personas menores de sesenta (60) años registró más del ochenta y seis por ciento (86 %) de los casos.

Que, en la Argentina, se confirmó la transmisión comunitaria de nuevas variantes, entre ellas la VOC 202012/01 (identificación originaria en Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), variante P.1 y P.2 (identificación originaria en el Brasil).

Que en el AMBA más del cincuenta por ciento (50 %) de las muestras secuenciadas correspondieron a nuevas variantes consideradas de preocupación, y que en las regiones Noreste, Noroeste, Cuyo y Sur del país estas variantes representan entre el veinte por ciento (20 %) y el treinta por ciento (30 %) del total.

Que no se han reportado casos con variante 501Y.V2 (Sudáfrica) o B.1.617 (India) de transmisión en el país, habiendo sido aisladas en viajeros, sin evidencia de transmisión local.

Que las jurisdicciones con mayor ocupación promedio de camas de terapia intensiva son las provincias de Mendoza, Santa Fe, Río Negro, Neuquén, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tucumán, Formosa y Corrientes.

Que el número de personas internadas en unidades de terapia intensiva (UTI) superó en las últimas semanas el pico registrado en 2020. Esto implica mucha tensión en el sistema de salud, con grandes dificultades para dar adecuada respuesta.

Que, a mayor circulación del virus, mayor número de casos y mayor número de casos graves que requieren internación en UTI.

Que actualmente más del cincuenta por ciento (50 %) de las personas que ingresan a UTI fallecen, y de los mayores de sesenta (60) años que requieren asistencia respiratoria mecánica, aproximadamente el ochenta por ciento (80 %) fallece.

Que ante el aumento exponencial de casos, la tensión en el sistema de salud se produce en todos los niveles y esto incluye el agotamiento de los equipos de salud, que en muchas ocasiones se encuentra con alta sobrecarga laboral.

Que el crecimiento en el número de personas que requieren hospitalización implica a la vez un incremento en las necesidades de conformar equipos especializados para la atención, y que esa conformación y formación requiere tiempos que exceden a la urgencia, por lo que resulta difícil para muchas instituciones conseguir cubrir los puestos para la atención de manera oportuna y adecuada.

Que en escenarios de alta demanda, también la provisión de insumos como medicamentos para uso en internación o unidades de cuidados intensivos y oxígeno se hace crítica, especialmente cuando la producción de esos insumos críticos se encuentra afectada por la situación de escasez a nivel global.

Que como consecuencia del aumento de casos registrado en el país, a partir de la semana 16 se evidencia un aumento también de personas fallecidas y que el 1° de mayo fue el día que mayor número de fallecidos se registró en el país (según fecha de fallecimiento) con cuatrocientos treinta y un (431) casos.

Que en relación con los grupos etarios de las personas fallecidas, se puede observar que la proporción del total de fallecidos se modificó en las últimas semanas, con un importante descenso de los grupos de mayores de ochenta (80) años y de setenta (70) a setenta y nueve (79) años, coincidente con la vacunación de los mismos.

Que actualmente se está llevando a cabo la campaña de vacunación para SARS-CoV-2 y que el ochenta por ciento (80 %) de las personas mayores de sesenta (60) años recibió al menos una dosis de vacuna.

Que en mayores de setenta (70) años, la incidencia acumulada en la semana con mayor número de casos fue dos coma cinco (2,5) veces mayor en personas no vacunadas que en personas vacunadas y que la tasa de mortalidad en este grupo fue, para esa misma semana, ocho (8) veces mayor en no vacunados que en vacunados.

Que la proporción de casos nuevos sobre el total de casos registrados en el personal de salud, que registra coberturas de más del noventa y cinco por ciento (95 %) para primera dosis y del setenta por ciento (70 %) para segunda dosis, permaneció estable a pesar del aumento exponencial de casos a nivel país y siendo un grupo de muy alta exposición.

Que este nivel de circulación viral produce un altísimo riesgo de saturación del sistema de salud, evidenciado por la ocupación de camas y el número de personas internadas en UTI y genera demanda crítica de insumos necesarios para la atención de los pacientes.

Que, adicionalmente, la mortalidad de las personas que requieren asistencia respiratoria mecánica es elevada.

Que, por otra parte, se comienza a evidenciar el impacto de la vacunación en el grupo de mayores de setenta (70) años y que al 21 de mayo, más del ochenta

por ciento (80 %) de los mayores de sesenta (60) años presenta por lo menos una dosis de vacuna.

Que la vacunación es una estrategia muy efectiva para disminuir la mortalidad y enfermedad grave, pero se debe complementar con medidas sanitarias tendientes a disminuir la circulación y las actividades de riesgo, con el objetivo de disminuir la circulación del virus. En efecto, si no se disminuye el número de casos, seguirían ocurriendo casos graves y registraríanse personas fallecidas.

Que, en este sentido, todas las actividades que aumenten la circulación de las personas o que se realicen en espacios cerrados, mal ventilados, con aglomeración de personas o sin respetar las medidas de distanciamiento y uso adecuado de barbijo conllevan alto riesgo de transmisión de SARS-CoV-2.

Que, ante la actual situación epidemiológica, las medidas de prevención de COVID-19 se deben fortalecer en todo el territorio nacional, evaluando las particularidades de cada partido o departamento, la dinámica de la epidemia y el conocimiento adquirido acerca de las actividades de mayor riesgo.

Que como se viene señalando, y ante el acelerado aumento de casos, se deben implementar medidas temporarias e intensivas.

Que el comienzo de la vacunación tuvo inicio en forma previa al aumento de casos, lo que constituye una ventaja que auspicia una expectativa de posible disminución en la tasa de mortalidad causada por la COVID-19.

Que el avance de la vacunación en personas de riesgo tiene como objetivo principal la disminución de la mortalidad, no encontrándose aún establecido el rol de la vacunación en la disminución de la transmisión.

Que, con el fin de disminuir el impacto de la segunda ola en nuestro país, se deben adoptar concomitantemente las medidas sanitarias y de prevención destinadas a mitigar la transmisión, así como el proceso de vacunación de la población.

Que, asimismo, resulta fundamental el control por parte de las jurisdicciones del cumplimiento de las medidas establecidas a nivel nacional y de aquellas implementadas específicamente en cada jurisdicción.

Que muchas actividades consideradas de manera aislada de mediano o bajo riesgo, en momentos de elevada circulación del virus con muy alta incidencia de casos, pueden implicar riesgos mayores para el conjunto de la población.

Que, asimismo, se continúa desarrollando la búsqueda activa de contactos estrechos de casos confirmados con presencia de síntomas, a través del dispositivo estratégico de testeo para coronavirus en territorio de la Argentina (Detectar) en las provincias, municipios de todo el país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que, en otro orden de ideas, las personas contagiadas de COVID-19 pueden ser asintomáticas o, en for-

ma previa al inicio de síntomas, pueden transmitir la enfermedad.

Que el virus SARS-CoV-2 se propaga muy fácilmente y de manera continua entre personas y cuanto más cercana y prolongada es la interacción entre ellas, mayor es el riesgo de contagio.

Que, por lo tanto, en el presente decreto, se dispone, desde el día 22 de mayo y hasta el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021, la suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales para los lugares definidos como en situación de alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma epidemiológica y sanitaria; así como la obligación de permanencia en los hogares por parte de las personas y la restricción de la circulación nocturna, todo ello en los términos señalados en el artículo 3°.

Que en los artículos 4° y 5° del presente, se establecen las excepciones a la circulación con y sin autorización para la utilización del transporte público de pasajeros, respectivamente.

Que, como ha sido expresado en los decretos que establecieron y prorrogaron las medidas de protección sanitaria, los derechos consagrados por el artículo 14 de la Constitución Nacional resultan ser pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y están sujetos a limitaciones y restricciones que pueden dispense por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Que, así también, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen en sus articulados sendas limitaciones al ejercicio de los derechos por ellos consagrados, sobre la base de la protección de la salud pública (artículos 12, inciso 3, y 22, inciso 3, respectivamente).

Que todas las medidas adoptadas por el Estado nacional, desde la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria realizada mediante el decreto 260/20 y prorrogada por el decreto 167/21, se encuentran en consonancia con lo establecido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Que las medidas que se disponen en la presente norma se encuadran en el poder de policía del Estado, que autoriza a imponer limitaciones a los derechos constitucionales, siendo en este caso la emergencia sanitaria vigente la que faculta a reglamentar con mayor vigor el ejercicio de los derechos individuales en orden a la protección de la vida y la salud pública, que es obligación del Estado por imperativo de la Constitución Nacional (artículos 41, 42 y 75, incisos 18 y 19, Constitución Nacional) y por exigencia de los tratados internacionales de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, *Fallos*, 328:4640).

Que, en similar sentido, nuestro más alto tribunal ha destacado que el derecho a la salud, en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional, existiendo el deber impostergerable del Estado nacional de garantizar este derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones provinciales y locales (*Fallos*, 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931; 328:1708; 338:1110).

Que, según la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución Nacional, sino dentro de ella, distinguiéndose por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda (*Fallos*, 313:1513).

Los postulados reseñados informan el criterio que se ha seguido para tomar las medidas previstas en la presente norma, atendiendo a una situación de serio riesgo social que se ha agravado respecto de las circunstancias tenidas en consideración al dictar el decreto 287/21.

En función de esta circunstancia sobreviniente, la urgencia involucrada, la responsabilidad que pesa sobre el Estado de ejercer sus potestades al máximo en este contexto pero dentro de los límites constitucionales y la certeza de que la eficacia de las medidas no es concebible por otros medios posibles según la evidencia científica, corresponde prorrogar la vigencia del decreto 287/21 y adoptar medidas preventivas adicionales a las allí establecidas, las que resultan oportunas, razonables en su alcance, sectorizadas en el territorio y temporalmente adecuadas al objetivo de evitar consecuencias irreversibles para la salud pública.

Que el presente decreto se dicta con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 así como de preservar la salud pública; el mismo guarda relación y es consonante con el proyecto de ley sometido a discusión parlamentaria mencionado en los presentes considerandos y que fuera enviado al Congreso Nacional mediante el mensaje 48/21.

Que en tal sentido, las medidas propuestas son proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de protección sanitaria dispuestas en forma temporaria, sino de la totalidad de los y las habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio del virus SARS-CoV-2, depende de que cada uno y cada una de nosotros y nosotras cumpla con ellas, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

Que, en atención a todo lo expuesto y hasta tanto sea sancionada por parte del Poder Legislativo nacional una ley que brinde los parámetros epidemiológicos y sanitarios regulatorios de la emergencia de COVID-19, corresponde prorrogar el decreto 287/21 y el plazo establecido en su artículo 30 y sus normas complementarias, hasta el día 11 de junio de 2021, inclusive.

Que para los departamentos, partidos o aglomerados que se encuentren en situación de “alto riesgo epidemiológico y sanitario” o en situación de “alarma epidemiológica y sanitaria”, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del decreto 287/21, se aplicarán, además de las suspensiones de actividades y restricciones de circulación que rigen de conformidad con el citado decreto para los lugares en alarma epidemiológica, las medidas aquí propuestas, todo ello hasta el día 30 de mayo de 2021 inclusive, y los días 5 y 6 de junio de 2021.

Que las medidas que se establecen en el presente decreto son razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país y se adoptan en forma temporaria, toda vez que resultan necesarias para proteger la salud pública.

Que en virtud de lo expuesto, deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

Que la ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, así como para elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que ha tomado intervención el servicio jurídico pertinente.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional.

Por ello,

El presidente de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros

DECRETA:

Artículo 1° – *Prórroga del decreto de necesidad y urgencia 287/21.* Prorrógase el decreto 287/21 y el plazo establecido en su artículo 30, así como sus nor-

mas complementarias, hasta el día 11 de junio de 2021 inclusive, en los términos del presente decreto.

Art. 2° – *Sustitución del inciso 4 del artículo 3° del decreto 287/21.* Sustitúyese el primer párrafo del inciso 4 del artículo 3° del decreto 287/21 por el siguiente:

4. Los grandes aglomerados urbanos, departamentos o partidos de más de 300.000 habitantes, serán considerados en situación de alarma epidemiológica y sanitaria cuando la incidencia definida como el número de casos confirmados acumulados de los últimos catorce (14) días por cien mil (100.000) habitantes sea igual o superior a quinientos (500) o el porcentaje de ocupación de camas de terapia intensiva sea mayor al ochenta por ciento (80 %).

Art. 3° – *Medidas aplicables a lugares en alto riesgo epidemiológico y sanitario o en situación de alarma epidemiológica y sanitaria entre el 22 de mayo y el 30 de mayo de 2021 y los días 5 y 6 de junio de 2021.* En los departamentos, partidos y aglomerados que se encuentren en situación de “alto riesgo epidemiológico y sanitario” o de “alarma epidemiológica y sanitaria”, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del decreto 287/21, se aplicarán, desde el 22 de mayo y hasta el 30 de mayo de 2021 inclusive y los días 5 y 6 de junio de 2021, además de las vigentes, las siguientes medidas:

- a) Suspensión de la presencialidad en las actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios, culturales, deportivas, religiosas, educativas, turísticas, recreativas y sociales.

Los trabajadores y las trabajadoras deberán realizar sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo, cuando ello sea posible. Cuando no fuera posible, los trabajadores y las trabajadoras recibirán una compensación no remunerativa equivalente a su remuneración habitual neta de aportes y contribuciones al sistema de seguridad social. Los trabajadores y las trabajadoras, así como los empleadores y las empleadoras, deberán continuar efectuando sobre la remuneración imponible habitual los aportes personales y las contribuciones patronales correspondientes a la obra social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –INSSJP– (leyes 19.032, 23.660 y 23.661).

El beneficio establecido en el párrafo anterior no podrá afectar el financiamiento de la seguridad social, ni los derechos conferidos a los trabajadores y a las trabajadoras por los regímenes de la seguridad social.

- b) Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales y solo podrán desplazarse para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos y otros artículos de

necesidad en los comercios esenciales y para retiro de compras autorizadas por este decreto, siempre en cercanía a sus domicilios.

Podrán realizarse salidas de esparcimiento en espacios públicos, al aire libre, de cercanía, en horario autorizado para circular, y dando cumplimiento a las reglas de conducta generales y obligatorias establecidas en el artículo 4° del decreto 287/21. En ningún caso se podrán realizar reuniones de personas, ni concentraciones, ni prácticas recreativas grupales, ni se podrá circular fuera del límite del partido, departamento o jurisdicción del domicilio de residencia.

Con el fin de realizar las salidas y desplazamientos previstos en este inciso no será necesario contar con autorización para circular.

- c) La restricción de circulación nocturna establecida en el artículo 18 del decreto 287/21 y ampliada por el inciso 6 del artículo 21 del mismo decreto regirá desde las dieciocho (18) horas hasta las seis (6) horas del día siguiente.

Art. 4° – *Excepciones para circular, con autorización para usar transporte público.* Quedan exceptuadas de las restricciones previstas en el artículo 3° y están autorizadas al uso del transporte público de pasajeros las personas que realizan las siguientes actividades y servicios, o se encuentran en las situaciones previstas en los siguientes incisos:

1. Personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, actividad migratoria, Servicio 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 y convocadas por las respectivas autoridades.
3. Miembros del Poder Legislativo y las dotaciones de personal que dispongan sus autoridades respectivas. Integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las dotaciones de personal del Poder Judicial de la Nación que dispongan las autoridades correspondientes.
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 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, a familiares que necesiten asistencia,

- a personas mayores, a niños, a niñas o a adolescentes.
6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor.
 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones.
 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 la obra pública y a tareas de seguridad en demoliciones.
 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad, de alimentos, higiene personal y limpieza. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas.
 12. Actividades vinculadas a la cadena de valor e insumos de la industria de la alimentación; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios, en los términos del artículo 3° de la decisión administrativa 429/20.
 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y pesca.
 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil; servicios digitales y las actividades de mantenimiento de servidores.
 15. Actividades 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. Sociedad del Estado Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina autorice.
- Actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos.
- Las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y la de sus regulados en caso de resultar necesario.
25. Operación de centrales nucleares. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. Operación de aeropuertos. Operación de garajes y estacionamientos con dotaciones mínimas.
 26. Inscripción, identificación y documentación de personas, en los términos de la decisión administrativa 450/20, artículo 1°, inciso 8.
 27. Prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad.
 28. Establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de género. Guardias médicas y odontológicas. Atención médica y odontológica programada con sistema de turno previo. Laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo.
 29. Traslado de niños, niñas y adolescentes para vinculación familiar, en los términos de la decisión administrativa 703/20.
 30. Personal de la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSES– en los términos de la decisión administrativa 810/20, artículo 2°, inciso 1. Personal de aduanas.
 31. Personas que deban concurrir a vacunarse con su acompañante, si fuere necesario.
- Todas las personas exceptuadas conforme este artículo deberán portar el certificado único habilitante para circulación - emergencia COVID-19 que las habilite a circular y, en su caso, al uso de transporte público.
- Los desplazamientos de las personas exceptuadas deberán limitarse al estricto cumplimiento de la actividad autorizada.
- Art. 5° – *Otras excepciones para circular, sin uso de transporte público.* Quedan exceptuadas de las restricciones previstas en artículo 3°, sin autorización para el uso del transporte público de pasajeros, las personas que realizan las siguientes actividades y servicios, o se encuentran en las situaciones previstas en los siguientes incisos:
1. Industrias que se realicen bajo procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias.
 2. Retiro de alimentos en locales gastronómicos de cercanía.
 3. Producción y distribución de biocombustibles.
 4. Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible

- nuclear, en los términos de la decisión administrativa 450/20.
5. Servicios esenciales de sanitización, mantenimiento, fumigaciones y manejo integrado de plagas.
 6. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera. Actividades vinculadas a la protección ambiental minera.
 7. Talleres para mantenimiento y reparación de automotores y motocicletas exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y FF.AA., vehículos afectados a las prestaciones de salud y al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente. Talleres para mantenimiento y reparación de bicicletas. Ventas de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas, únicamente bajo la modalidad de entrega puerta a puerta.
 8. Establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos.
 9. Personas que deban trasladarse para realizar viajes al exterior.
 10. Venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas a través de plataformas de comercio electrónico, venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio o retiro. En ningún caso podrán abrir sus puertas al público. Todo ello conforme la decisión administrativa 524/20.
 11. Industrias que realicen producción para la exportación.

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 ampliar o restringir las excepciones dispuestas en este artículo.

Todas las personas exceptuadas conforme este artículo deberán portar el certificado único habilitante para circulación - emergencia COVID-19 que las habilite a circular.

Los desplazamientos de las personas exceptuadas deberán limitarse al estricto cumplimiento de la actividad autorizada.

Art. 6° – El presente decreto es de orden público.

Art. 7° – La presente medida entrará en vigencia el día 22 de mayo de 2021.

Art. 8° – Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 9° – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 334/21

ALBERTO Á. FERNÁNDEZ.

Santiago A. Cafiero. – Eduardo E. de Pedro. – Felipe C. Solá. – Agustín O. Rossi. – Martín Guzmán. – Matías S. Kulfas. – Luis E. Basterra. – Alexis R. Guerrero. – Gabriel N. Katopodis. – Martín I. Soria. – Sabina A. Frederic. – Carla Vizzotti. – Nicolás A. Trotta. – Tristán Bauer. – Roberto C. Salvarezza. – Claudio O. Moroni. – Juan Cabandié. – Jorge H. Ferraresi. – Daniel F. Arroyo. – Elizabeth Gómez Alcorta.