

# Derecho, federalismo y pandemia: punto de partida para nuevos desafíos

Law, federalism and pandemic: starting point for new challenges

---

**María Natalia Juez**<sup>1</sup>

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)12)

## **Comentario a**

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

**Corte Suprema de Justicia de la Nación**

## **Disponible en**

<https://bit.ly/38hUAdI>

## RESUMEN:

En marco de la emergencia sanitaria por Coronavirus, el Gobierno Nacional adoptó como medida prorrogar la suspensión de clases presenciales aun el territorio de la Ciudad de Buenos Aires para disminuir la propagación del virus. El Gobierno de la ciudad cuestionó esa decisión afirmando carecía de respaldo científico y razonabilidad por lo que importaba una intromisión en sus facultades conservadas.

## ABSTRACT

During the health emergency due to Coronavirus, the National Government adopted as a measure to extend the suspension of face-to-face classes even in the territory of the City of Buenos Aires to reduce the spread of the virus. The city government questioned that decision, stating that it lacked scientific support and reasonableness, so it mattered an intrusion into its preserved faculties.

**PALABRAS CLAVE:** Salud – Educación – Federalismo – Razonabilidad.

**KEY WORDS:** Health – Education – Federalism – Reasonableness.

---

<sup>1</sup> Abogada (UNC). Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Prosecretaria Letrada en el fuero Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: mnataliajuez@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4630-9068>

## I. El caso

En marco de la pandemia ocasionada por la irrupción del Sars Cov 2 (coronavirus), y en contexto de las restricciones impuestas para procurar disminuir el impacto negativo en la sociedad toda, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve una acción declarativa de inconstitucionalidad en contra del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto disponía la suspensión del dictado de clases presenciales y actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles desde el 19 al 30 de abril del 2021 en el ámbito del denominado "AMBA" (Área Metropolitana de Buenos Aires), en el cual quedaba incluida la Ciudad autónoma.

Los argumentos en los que el Gobierno de Ciudad de Buenos Aires sustenta el cuestionamiento constitucional de la decisión adoptada por el Gobierno Nacional pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

### 1. Lesión a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (CABA)

El gobierno de CABA afirma del Gobierno Nacional ha excedido los límites de sus facultades al regular competencia conservadas como lo son la salud y educación, lo que importa un virtual intervención federal en su territorio.

Ante ello, el Gobierno Nacional afirma que la medida fue adoptada en ejercicio del poder de policía sanitario que si bien importa una competencia concurrente, en caso de incompatibilidad de criterios debe prevalecer la norma nacional por imperito de los arts. 5 y 31 CN.

### 2. Razonabilidad o irrazonabilidad de la limitación

El gobierno de la ciudad esgrime que los motivos invocados para prohibir las clases presenciales en el ámbito de la ciudad carecen de sustento empírico y científico.

En respuesta el Gobierno Nacional refiere que ante la alta tasa de contagios verificados en el territorio del AMBA y siendo su velocidad superior al de otras regiones, se podría provocar la saturación del sistema de salud y el incremento de la mortalidad. Agrega que la medida persigue reducir la circulación y disminuir los contagios por lo que su finalidad es la protección de la salud y la vida de la población, derechos de raigambre constitucional. Sostienen que el decreto de emergencia compatibiliza esos dos derechos con el derecho a la educación que se encuentra garantizado con la modalidad virtual, por lo que la medida es razonable y proporcionada.

### 3. Marco constitucional de la medida

El accionante invoca que al no encontrarse en receso el Congreso de la Nación no se advierten circunstancias excepcionales que impidan los trámites previsto en la Carta Magna para la sanción de leyes.

Como respuesta, el Gobierno Nacional afirma que se han cumplido los recaudos previstos en el art. 99 inc. 3 CN y que la decisión ha sido adoptada en marco de una situación de necesidad y Urgencia sin inmiscuirse en ninguna materia prohibida.

Trabada en estos términos la cuestión a decidir, los puntos más relevantes de la resolución pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- El decisorio de la Corte ratifica el status constitucional de CABA
- Por su parte, los ministros Maqueda y Rosatti se explayan en su voto en relación a lo

que se denomina “federalismo de concertación”, haciendo énfasis en que la distribución de competencias del sistema federal no implica la subordinación de los estados particulares al gobierno central sino, por el contrario, la coordinación de esfuerzos con miras al bien común general. Afirman que “El ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades para ayudarse y nunca para destruirse”.

También en el voto del ministro Rosenkrantz se advierten referencias sobre el tema, al referir que las provincias habían aceptado en situaciones anteriores el rol coordinador del gobierno nacional, pero sin que ello implique renuncia alguna a sus competencias reservadas. El ministro Lorenzetti se toma unas líneas para reconocer como loable el trabajo conjunto que había venido desarrollando en marco de la emergencia sanitaria y enaltecer la utilidad del diálogo constructivo entre Nación y provincias.

- Siendo así, se analiza que tanto la regulación del derecho a la educación como a la salud son competencias concurrentes de ambas órbitas de poder, por lo que deberán ser ejercidas sin anularse ni excluirse, sino complementándose.

- La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho ni justifica el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias. “La ciudad de Buenos Aires conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas”.

- Cita como fuente interpretativa de las medidas adoptadas a la Declaración 1/20 de la Corte Interamericana de fecha 9 de abril 2020 sobre COVID- 19 y derechos humanos que dice que “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

- Analizada la razonabilidad de la reglamentación del Estado Nacional para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se concluye que los argumentos vertidos en relación a la cantidad de personas que usan el transporte público y la circulación con el aumento de casos de COVID 19 no resulta suficiente para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal que impacte tan drásticamente en la educación, por lo que se invadió atribuciones del gobierno local para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar.

En base a ello, procuraremos recordar algunas nociones clásicas que permitan analizar los motivos sobre los cuales se cimentó la decisión adoptada, pero contextualizadas en el momento histórico tan particular en el que los hechos debatidos se han presentado.

## **II. Facultades conservadas, delegadas y concurrentes en el federalismo argentino**

Como primer paso en el contexto de análisis del precedente traído a estudio y recordando a los docentes de Derecho Constitucional, recordemos la distribución de competencias que importa el federalismo argentino. Así, hay poderes originarios e indefinidos que han sido conservados por los gobiernos locales (art. 121 CN), otros definidos y expresamente delgados a la Nación (art. 75 CN) así como también los hay aquellos que son ejercidos de manera concurrente entre los tres ámbitos de poder (tres a colación de la incorporación de la Ciudad de Buenos Aires como sujeto Federal –es decir, Nación, Provincia y ciudad Autónoma de Buenos Aires-).

Sobre los dos derechos que se encuentran en juego en el precedente analizado (salud y educación), tiene dicho la Corte que su regulación es facultad concurrente entre Nación y –en este caso- la Ciudad de Buenos Aires. Esto significa que ambas esferas de gobierno deben actuar sin anularse ni excluirse ya que no nos encontramos ante el ejercicio de un poder exclusivo.

El ejercicio de las facultades concurrentes refleja la distribución de competencias legislativas consagradas en nuestro sistema, conforme el cual el Congreso de la Nación tiene competencia para tomar decisiones generales que conciernen al país como un todo, en tanto las provincias pueden dictar leyes dentro de los límites de sus propios territorios. Es decir, que importa claramente un ámbito de coexistencia legislativa que impone una actuación conjunta y coordinada entre las dos esferas.

Podemos decir que la subsistencia de la delicada estructura del federalismo impone el desarrollo de un federalismo de concertación, basado en el consenso, el diálogo y la unión de esfuerzos en pos de un bien común y superior por oposición a las luchas de poder de las que muy frecuentemente somos espectadores.

No es difícil imaginar que la delgada línea que importa el equilibrio entre los ámbitos de poder pueda tornarse difusa en muchas situaciones, especialmente en el contexto de emergencia que hemos –y seguimos en alguna medida- experimentado. La vara para medir los límites de actuación de los órdenes de poder y para estas situaciones estará determinada por criterios de razonabilidad.

### III. El test de razonabilidad

El art. 28 de la Carta Magna contiene la regla de razonabilidad al establecer que los principios, derechos y garantías que en ella se reconocen no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Entonces, el principio de razonabilidad *“se traduce en la elección de la alternativa más racional (aspectos técnicos) y más justa o equitativa (aspecto valorativo) de todas las posibles para obtener el fin deseado”* (Rosatti, 2017, p. 193).

Sin embargo, no podemos desconocer que esa valoración no puede realizarse sin tomar en consideración el especial contexto en el cual se enmarque desde lo histórico – ideológico como lo histórico – fáctico.

En relación a lo ideológico, siguiendo al mismo autor, dice Rosatti (2017) que con la última reforma constitucional del año 1994 se incorporó un criterio amplio de poder de policía, que modifica el paradigma de la relación Sociedad – Estado en el cual *“...se amplían las competencia del poder público, se reconocen nuevos medios instrumentos de intervención, pero no por ello se desvirtúa el análisis del grado de ajuste entre medios-fines, propio del principio de razonabilidad”*.

Por su parte, desde la perspectiva histórico – fáctico, a la hora de precisar la línea divisoria entre reglamentar y alterar un derecho, podemos clasificar esas disimilitudes en diacronicas (serán las especiales circunstancias del momento las que determinarán si una determinada reacción o reglamentación resulta tolerable o no) o sincrónicas (según el grupo de personas alcanzadas). Así, en contextos de emergencia pueden darse limitaciones temporales que no afecten la sustancia de los derechos, pues la valoración siempre estará condicionada por el entorno en el que la reglamentación pretenda ser aplicada.

Podemos decir entonces que serán parámetros para identificar la razonabilidad de una norma que reglamenta derechos y garantías cumplir con:

- Justificación que respalde las medidas adoptadas.
- Motivación en los antecedentes que llevaron a ejercer esa facultad.
- Proporcionalidad entre el objeto de la decisión y la finalidad perseguida.

#### **IV. ¿Existe una jerarquía entre derechos?**

A los fines de llevar a cabo esa ponderación entre derechos, podríamos recurrir a analizar si existe entre los derechos en pugna una jerarquía que permita establecer una cierta prelación entre ellos.

Como es usual en el derecho, sobre la cuestión existen dos posiciones posibles. Los hay quienes adhieren a la tesis de la igualdad de todos los derechos por lo que la interpretación que se realice no debe procurar establecer una cierta prelación entre ellos sino que debe tender siempre a armonizarlos. Por su parte, hay quienes se enrolan en la vereda de la jerarquía entre los mismos., la que puede responder a factores meta jurídicos (vinculados con la concepción ideológica dominante) o bien internos (la relevancia estará determinada por las características propias de cada derecho).

#### **V. La emergencia**

La situación de emergencia importa la existencia de un contexto de grave crisis que generalmente es de índole económica y social, como resultas de lo cual y con miras a superar esa situación, se delegan facultades legislativas al órgano ejecutivo. Ante esta situación y con fundamento en el bien común, se imponen algunos sacrificios individuales. Sin embargo, la delegación autorizada no puede importar la supresión de la división de poderes, por lo cual debe tener una limitación temporal y de contenido.

La declaración de emergencia tiene por efecto habilitar de manera excepcional una mayor afectación de derechos y la atribución de poderes más amplios en el Poder Ejecutivo, mirando siempre a un bien mayor que sería el de superar las circunstancias que motivaron la emergencia. Son las particulares circunstancias que le dieron origen las que habilitan ciertas restricciones que en otros contextos resultarían intolerables o no superaría el test de razonabilidad.

Precisamente, debemos tener en cuenta que la emergencia se enmarca dentro de la Constitución y por lo tanto se da en un contexto de plena vigencia del orden constitucional y del Estado Derecho, aunque con ciertas particularidades excepcionales y limitadas en el tiempo. Es por eso justamente, que la normativa de emergencia también debe ser sometida al test de razonabilidad para verificar su proporcionalidad y adecuación en relación al fin perseguido, procurando el mayor equilibrio posible entre la afectación a los derechos (que debe ser de la menor intensidad posible) y la consecución del objetivo perseguido.

Sobre la cuestión se ha dicho que "Cabe destacar que la emergencia importa la sustitución de un estado normal por uno anormal, pero siempre dentro del esquema institucional regido por la Ley Fundamental. Esta afirmación es digna de ser subrayada, dado que existe el riesgo de pensar que la emergencia puede darse fuera del ámbito constitucional, tal como lo demuestran muchos ejemplos de nuestro país y del extranjero. Es que, como dijo la Corte Suprema en el caso "Perón", la emergencia no da herramientas que la Constitución no acuerda" (Buteler, 2020).

Ahora bien, no es novedad que Argentina ha vivido gran parte de las últimas décadas en contextos de declaración de emergencia, sin embargo en esta oportunidad nos enfrentamos a una emergencia que excedía lo económico y social, reconociendo como fuente una crisis sanitaria mundial sin precedentes.

Dice Cassagne (2020) *"Y es evidente que, en una situación de emergencia, en la que están en juego la vida y la salud de las personas, cobra relieve la versión europea del principio de razonabilidad, que sigue la huella iniciada por el Tribunal Supremo alemán, que lo caracteriza como principio de proporcionalidad, integrado por tres subprincipios: a) de adecuación o idoneidad; b) de necesidad, y c) de proporcionalidad en sentido estricto, cuya doctrina, sin mayor advertencia por parte de los publicistas, ha sido adoptada en los últimos años por la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha ido consolidando el bloque federal de legitimidad constitucional..."*.

### **1. La emergencia sanitaria por el Sars Cov 2**

La aparición de un virus que fue popularmente conocido como "coronavirus" ocasionó una conmoción mundial de la mano de una crisis sanitaria sin precedentes. Los Estados de todo el mundo se vieron obligados a adoptar medidas extremas para proteger a su ciudadanía ante la rápida propagación de este virus más allá de las fronteras políticas y ante la saturación de los sistemas de salud incluso de los países más desarrollados.

"Ese impacto de la situación de emergencia en el ordenamiento jurídico se traduce, en general, en un fortalecimiento del poder estatal y una correlativa restricción de los derechos de las personas y aquel fortalecimiento se concentra generalmente en el Poder Ejecutivo que, en tanto poder administrador, tiene a su cargo la gestión tendiente a superar la crisis y dispone de los recursos económicos y técnicos necesarios para ello. Suelen producirse desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de éstas" (Barrera Buleter, 2020, p. 22).

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentó su Declaración 1/20 de fecha 9 de abril 2020 en la necesidad de instar a los Estados a que a la hora de enfrentar los problemas extraordinarios que se han presentado por la pandemia y que conciernen a la vida y la salud pública, lo hagan "...en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal". Entre las recomendaciones del instrumento, expresamente se refiere a que todas las medidas restrictivas que adopten los estados para enfrentar a la pandemia, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarios y proporcionales.

Por su parte, Guillermo Barrera Buteler (2020) expresa "Si se quiere preservar el Estado Constitucional de Derecho aún dentro de la emergencia -en este caso de la pandemia- no se puede suspender, ni desplazar, ni modular más allá de lo imprescindible, la división horizontal y vertical del poder".

Antonio María Hernández (2020) reflexiona que "las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano". Agregando que si bien "... ello comporta un difícil equilibrio entre la legitiimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia,

pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad”.

Vemos entonces, la importancia de que las medidas que se adopten para afrontar situaciones de emergencia de tanta entidad debe necesariamente adecuarse a la Constitución para asegurar la vigencia del Estado de derecho. La excepcionalidad de las circunstancias, entiendo, impone incluso con más énfasis la necesidad de cumplir con los preceptos constitucionales para no hacer en la tentación de incurrir en situaciones arbitrarias o abusivas.

## **2. La normativa de emergencia por la pandemia de Coronavirus**

La normativa de la emergencia sanitaria tiene su punto de partida en el dictado de la Ley N° 27.541 mediante la cual el Congreso de la Nación declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social delegando en el Poder Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias en los términos del art. 76 de la CN hasta el 31/12/2020. Al momento de su dictado, el Covid no se presentaba como una amenaza cierta y concreta en Argentina, por lo que en verdad la normativa de emergencia no la incluía expresamente. Con posterioridad y ya en un contexto pandémico, se dictó el DNU 260/2020 mediante el cual se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la norma de emergencia. Este fue el punto de partida para sucesivas prórrogas de la emergencia y adopción de medidas tendientes a mitigar los efectos de la pandemia.

Sobre los alcances y magnitud de las restricciones adoptadas en este contexto, Claudio Guiñazú (2020) refiere que “Además de la libertad ambulatoria, el aislamiento restringe otras esferas de autonomía individual, incluso en el propio derecho a la salud, incidiendo en otros derechos sociales, como el trabajo, la educación, la alimentación y la vivienda. Ello confirma la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos, cualquiera sea su generación”.

En este contexto, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el DNU N° 241/2021 dispuso la suspensión de las clases presenciales en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires entre el 19 y el 30 de abril del año 2021, en contra del cual la Ciudad de Buenos Aires planteó la acción declarativa de inconstitucionalidad que motivara el fallo que hoy analizamos.

## **VI. Reflexiones finales**

Sin lugar a dudas, la pandemia del Coronavirus ha atravesado profundamente a la población mundial y dejado en evidencia los puntos fuertes y débiles de cada estructura existente. Es que si bien no se trata de la primera –y seguramente tampoco la última– pandemia que afrontará la humanidad, lo cierto es que –además de haber sido la primera para muchas generaciones– ha sido la primera que se ha presentado en un contexto globalizado, que ha permitido una rapidísima propagación por todos los rincones del planeta. Esta pandemia nos ha enfrentado cara a cara a lo desconocido y exigido de cada uno de nosotros el desarrollo de habilidades hasta entonces desconocidas.

Cuando hablamos de salud y derecho a la salud estamos habituados a hacerlo desde la perspectiva de los avances de la ciencia y el deber del Estado de adoptar las medidas

necesarias para asegurar a la población el efectivo goce del derecho a la salud. Pero ¿qué sucede cuando ni la ciencia ni aun los Estados más desarrollados cuentan con herramientas para proteger a la población ante una amenaza desconocida y arrasadora?. Sin lugar a dudas, todos nos hemos visto obligados a reinventarnos para hacer frente a este contexto, orientando nuestro norte a mantenernos con vida.

El derecho no ha resultado ajeno a este fenómeno y se ha enfrentado al enorme desafío de adaptarse para brindar las respuestas que la realidad le exige. Si bien en algunas oportunidades el sistema jurídico ha salido más airoso que en otras, lo cierto es que hoy sabemos que no está todo dicho, que los desafíos seguirán apareciendo y que debemos ser permeables a los cambios y necesidades que la sociedad y el contexto histórico nos imponen. Un recordatorio de que el derecho nace para responder a las necesidades sociales.

Una de las lecciones que –esperemos- muchos hemos aprendido es revalorizar lo colectivo, el consenso, la sumatoria de esfuerzos. Esto se hizo presente en los primeros meses de pandemia incluso en las más altas esferas de poder –incluso aquellas enfrentadas por los colores políticos-, lo que en una Argentina de “grietas” no resulta para nada un detalle menor. Para muchos, los primeros meses de la pandemia fueron la oportunidad de presenciar por primera vez un Estado federal en acción, también denominado por los autores como “federalismo de concertación” ante el temor a lo desconocido y compartiendo todos la misma meta: el bien común de la población a través del resguardo de su salud. Pero los problemas no tardaron en llegar y en esta oportunidad la Corte adoptó –a mi entender- una decisión más bien técnica cuyo objetivo se vislumbra en el voto del ministro Lorenzetti cuando refiere que la finalidad de decisión judicial es preservar la paz social. Quizás un indicio del objetivo que ha iluminado la decisión del Tribunal Supremo en un contexto delicado en el que el equilibrio acrecienta entidad.

Así, desde un análisis formal se logró dar una respuesta al conflicto planteado que, además, refuerza la estructura federal y el Estado de derecho.

Y si bien desde la perspectiva del derecho a la salud, se omite realizar mayores consideraciones o ingresar en un análisis de ponderación de los derechos en juego, lo cierto es que ha sido la razón de ser indiscutida de todas las medidas adoptadas en la emergencia sanitaria. Si bien en el voto de Lorenzetti pareciera esbozarse una jerarquización de derechos al remarcar la entidad y superioridad del derecho a la salud y a la vida de la personas, lo cierto es que luego no se expiden de manera expresa al respecto. Y –en este contexto- no pareciera ser necesario.

Más allá de eso, me parece destacable el énfasis puesto en que aun en estos contextos, es importante que la actuación de los Estados se enmarque dentro del orden constitucional pues de lo contrario bajo el velo de un fin loable podría cometerse grandes abusos. Es acertado en un contexto de emergencia –al que se le suma la agitada realidad política de nuestro país-, recordar que debemos apostar a la unión, la concertación, el equilibrio y la paz social. Ese sea quizás el desafío que nos queda de ahora en adelante.



**Referencias bibliográficas**

---

- Barrera Buteler, G. (2020). Pandemia, postpandemia y derecho. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Buteler, A. (2020) La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria. LA LEY 25/05/2020, 25/05/2020, 6 Cita Online: AR/DOC/1635/2020).
- Cassagne, J. C. (2020). La actividad reglamentaria del poder ejecutivo y los decretos de necesidad y urgencia dictados durante la pandemia. Revista de Derecho Público.
- Guiñazu, C. (2020) Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Hernández, A. (2020). Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina. El Derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia covid-19. Universidad Nacional de Córdoba.
- Rosatti, H. (2017). Tratado de derecho constitucional. Rubinzal Culzoni editores.