Universidad de San Andrés

Licenciatura en Abogacía

Contexto de emergencia: ¿Es constitucional que los gobernadores bloqueen el acceso a sus provincias?

Autor: Ladislao Cazes

Legajo: 28122

Victoria, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2021

Índice:

I) Introducción: contexto de emergencia, medidas tomadas por los gobernadores y ruta de trabajo. 1
II) ¿Es el Decreto de Necesidad y Urgencia un vehículo adecuado para emitir la norma? 3
III) Efectos de la emergencia según la CSJN. 6
a) Ercolano 7
b) Avico 8
c) Peralta 9
d) Compañía Azucarera Tucumana 10
e) Caso Lanzieri 11
IV) Fronteras interiores 12
a) El bloqueo San Luis – Córdoba 12
b) El caso de la familia Musse 13
c) El calvario del camionero 14
d) El corte en Salta 15
e) El pacto Perotti – Capitanich 16
V) ¿Competencia del PEN o de las provincias? 17
VI) Lesión a los derechos constitucionales en danza: 22
a) El derecho circular libremente 22
b) El comercio interprovincial 24
VII) Razonabilidad y legitimidad de las medidas tomada 25
a) Adecuación, proporcionalidad y necesidad. 27
b) Sujeción a control 29
c) Limitación temporal 30
VIII) Conclusiones y reflexiones 30
VIV) Bibliografía 33

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

I) Introducción: contexto de emergencia, medidas tomadas por los gobernadores y ruta de trabajo.

A raíz de la pandemia, causada por el virus del COVID-19, el presidente de la nación emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia 297. Dicha norma, además de disponer el aislamiento social, preventivo y obligatorio en toda La Argentina, restringió la libre circulación de las personas no esenciales. Con el pretexto de hacer valer este decreto, colocando vallas, barricadas, montículos de tierra y estrictos controles policiales, algunos gobernadores blindaron el acceso a sus provincias.

La medida adoptada suscitó gran discusión, no solo entre expertos del derecho, sino también entre la sociedad civil. Esto así, pues las fronteras interiores pusieron en jaque derechos garantizados por la Constitución Nacional (en adelante "CN"). Al prohibir la circulación, se vulneraron dos derechos protegidos: el de transitar libremente (artículo 14 de la CN) y también, el de comerciar (artículos 75 inciso 12 y 126 de la CN). Fueron varios los casos de personas que debieron abandonar su actividad productiva por la imposibilidad de llegar al lugar de trabajo.

Si bien la medida adoptada por los gobernadores se dio en un contexto, como indica el decreto 297, de emergencia, para que ella sea constitucionalmente válida, es menester que supere el *test* de razonabilidad. Este control somete a la medida a dos parámetros. Lo primero que exige es que la autoridad que emite la norma sea la competente para disponerla. Aquí entrarán en discusión las potestades y poderes conferidas por la Constitución a los diferentes escalafones del Estado. Los límites entre qué medidas puede adoptar el gobierno nacional o el provincial son difusos, en algunas cuestiones las competencias a veces son compartidas y en otras exclusivas de un solo poder.

Dirimir a quién le corresponde el dominio de las calles es de vital importancia para entender si una medida local puede significar más restricciones a los derechos que un decreto nacional. Lo segundo que exige el *test* de razonabilidad es que la medida sea la más idónea para lograr el fin buscado. En otras palabras, el control de razonabilidad, en su segundo parámetro, requiere que no exista otra alternativa que lesione menos derechos que la que se desea emplear. En este sentido, los gobernadores deberían

poder comprobar que existe un razonamiento epidemiológico o, al menos, un sustento científico que explique cómo el blindaje de los municipios disminuye las probabilidades de contagio.

La estrategia de utilizar barricadas para impedir el acceso y la circulación en determinadas áreas se ha implementado en diversas regiones del país. Sin embargo, para lograr un mayor nivel detalle, realizaré un análisis constitucional de las medidas adoptadas únicamente por las provincias en el período que va desde el 17 de marzo hasta el último día de junio de 2020.

En pocas palabras, la tesis busca determinar si es constitucional que los gobernadores restrinjan por completo, aun en situaciones extraordinarias de emergencia, el acceso a sus provincias.

Debemos tomar en cuenta, desde el inicio, que dicho objeto de estudio es amplio, por eso, para lograr un mayor nivel de profundidad, veremos casi exclusivamente fuentes y artículos de doctrina argentina. De esta manera, trataremos la relación entre las acciones tomadas por gobernadores de distintas provincias *vis a vis* derechos constitucionales lesionados.

Además, como la tesis explora un tema reciente y los artículos de estudio son limitados, también utilizaré noticias periodísticas que contengan intervenciones de juristas y constitucionalistas de prestigio consolidado.

Por último, utilizaré los escasos y recientes fallos que han expedido algunos tribunales. También me valdré de algunas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) en los que se trataron temas de emergencia (Ercolano, Avico, Peralta y otros). Estos casos me servirán para ver cómo los magistrados trataron en el pasado temas que pueden compararse con el objeto de nuestra tesis.

La relevancia de este asunto yace en dos cuestiones. En primer lugar, si se concluye que las medidas fueron inconstitucionales, entonces habrá razones para responsabilizar a aquellos que las impulsaron. En segundo lugar, al tratarse de un tema novedoso y al no existir información estrictamente vinculada con la aplicación de barricadas, el análisis constitucional servirá como artículo de doctrina para que, cuando en el futuro se

repliquen situaciones comparables a esta, los gobernadores puedan tomar decisiones más informadas.

II) ¿Es el Decreto de Necesidad y Urgencia un vehículo adecuado para emitir la norma?

Una vez cada tanto las sociedades deben enfrentar algún tipo de crisis que, para ser superada, requiere de decisiones contundentes y rápidas. Para evitar los largos procesos de debate que implica someter una norma a la revisión del Congreso, la CN, en su articulo 99 inciso 3, le otorgó al Presidente la potestad de emitir normas de carácter legislativo.

Determinar si la utilización del Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) respeta o no los límites impuestos por el artículo 99 inciso 3 de la CN es de vital importancia. Si la vía que el poder ejecutivo ha optado por utilizar es inválida, entonces ya podríamos decir, sin siquiera tener que revisar el contenido, que el decreto 297/20 se trata de una norma inconstitucional. La CN sobre este punto es clara, pues sostiene que el poder ejecutivo podrá emitir normas de carácter legislativo "solo cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir con los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes (…)". El requisito es claro, la coyuntura de emergencia es *conditio sine qua non* para la promulgación de un DNU.

Si la situación de emergencia es un requisito esencial para la correcta promulgación de un DNU, entonces debemos preguntarnos cuándo estamos frente a una. La respuesta a esta incógnita es, otra vez, de vital importancia para nuestro trabajo pues, si concluimos que la norma fue emitida dentro de un contexto que no consideramos una emergencia, entonces estaríamos frente a una norma inconstitucional. Y si esto fuese así, como un efecto dominó, el argumento de los gobernadores de que los blindajes provinciales servían para hacer valer las intenciones del decreto de detener la expansión del virus caería.

Ahora bien, aunque el DNU fue pensado por los constituyentes como una herramienta cuyo uso debería ser excepcional, todos los presidentes de la era democrática los han utilizado como un instrumento para gobernar. Según un estudio de Manuel Tarricone

(2019), sin contar a Rodriguez Saá, quien gobernó tan solo por una semana, quien lidera el ranking de más DNUs emitidos es Duahlde, con 140 por año, seguido por Nestor Kirchner con 52,4.

Como también nos revela otro minucioso estudio de los profesores de la Universidad Austral Alfonso Santiago (h), Enrique Veramendi y Santiago M. Castro Videla (2020), en el "período transcurrido entre 1664 y 2006 la cantidad de decretos de necesidad y urgencia dictados por el poder ejecutivo ascendió a un total de 506" . Y si bien uno esperaría que dicha cifra fuese mucho menor con la promulgación de la ley 26.122, que luego de 13 años de ausencia puso por fin en funcionamiento a la Comisión Bicameral, lo cierto es que el estudio nos revela que del 2006 al 2018 "el total de decretos de necesidad y urgencia fue de 174".

Estos datos nos revelan que el concepto de emergencia en la práctica ha sido invocado en una miríada de ocasiones para justificar decisiones estatales que en realidad debieron de haber sido discutidas en el Congreso. Según Gordillo (2017), "Las imperfecciones temporarias de nuestra actualidad política, en que el desvarío que provoca la perpetua emergencia económico-financiera lleva a un abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia (…)" (p. 178). Por este constante abuso en su uso al que alude Gordillo, encontrar una respuesta en la práctica a la incógnita de cuándo estamos frente a una situación de emergencia en un país como la Argentina no es tarea sencilla. Además, cualquier conclusión que de allí saquemos estará distorsionada, por lo que no vale pena, para nuestra cuestión, estudiar en profundidad el asunto.

Por este motivo, debemos acudir a la doctrina y no a la práctica para lograr entender cuándo realmente el país atraviesa una situación excepcional. La respuesta de esta área del derecho tampoco es muy clara, pues abundan los criterios laxos y ambiguos. Sin embargo, la definición de Cassagne (2020) ayuda a acotar de forma notable los límites de la emergencia. Dice el jurista que, para lograr determinar si la emergencia es o no real, primero debería existir "una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado" o que al menos ponga en "grave riesgo" a la ciudadanía. Cassagne limita aún más los criterios para la correcta invocación del estado emergencia al sostener que "la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado

ser susceptible de generar consecuencia de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior.”

Juan Manuel Bordenave y Mariano Morán (2020) sugieren otros tres estándares para tener en consideración. En primer lugar, sostienen que, para que la excepcionalidad sea insoslayable, debe existir una situación que atente con la continuación del Estado o que poga en riesgo a la sociedad. En segundo lugar, exigen que la medida en cuestión sea proporcional (hablaremos de este punto con mayor profundidad más adelante). En tercer y último lugar, sostienen que el único objetivo de la norma debe ser mitigar aquellos riesgos que la situación provoca.

Parecería entonces que, para hablar de emergencia, la CN exige algo más que estar transitando un mero momento difícil. Debe haber un impedimento real del funcionamiento del Congreso y de su habitual procedimiento de sanción de leyes. Cuando pensamos de qué se trata este impedimento, es útil traer a la discusión el principio del derecho civil de la fuerza mayor. Podemos sostener que, cuando un hecho no se puede ni prever ni detener, el uso de un DNU para paliar sus efectos es correcto. Sin embargo, no puede pasar, como de hecho sucede y ha sucedido en La Argentina, que uno invoque la fuerza mayor cuando se es el mismísimo artífice de su existencia.

El decreto 297/20 aduce la razón de ser de la emergencia a la pandemia. Para ello, en varias líneas cita a la Organización Mundial de la Salud como fuente de autoridad. El decreto habla del incipiente y rápido escalamiento de contagios, cuyo avance es de magnitud internacional. Además, advierte que, en otros países de Asia y Europa, la toma de decisiones rápidas y oportunas fueron esenciales para el control de la expansión del virus. En el momento en que se promulgó el decreto 297/20, los desconocimientos y amenazas del virus eran mucho mayores. Ante tal grado de incertidumbre, podríamos sostener que la invocación del estado de emergencia fue correcta. Es más, podríamos decir que por primera (a lo sumo por segunda) vez en la historia de nuestro país se ha expedido un decreto dentro una verdadera situación de emergencia.

En definitiva, la situación ocasionada por la pandemia respeta no solo los límites impuestos por el artículo 99 inciso 3, sino también los estándares más exigentes de Cassagne, Bordenave y Morán. Entendemos entonces que el contexto en el que fue

emitido el decreto 297 fue, efectivamente, uno de emergencia. Quizás la situación actual, de verdadera necesidad y urgencia, pueda funcionar como punto de referencia, como un parámetro genuino para recalibrar el criterio al nivel para el que fue pensado.

III) Efectos de la emergencia según la CSJN.

Hasta el momento hemos visto que la utilización de un DNU, en tanto instrumento normativo, fue correcta, ya que respetó las exigencias del artículo 99 inciso 3 de la CN. Aclaramos además que el decreto no trata en ningún momento materias tributarias, penales, electorales o del régimen de los partidos, que se encuentran expresamente prohibidas en el mencionado artículo. En consecuencia, por lo visto ahora, al menos en un sentido formal, el decreto respeta los límites determinados por la CN. Esta conclusión nos habilita a pasar a analizar el contenido, la sustancia del decreto. De ahora en más, ya no veremos si las circunstancias de su promulgación fueron las correctas, sino que buscaremos determinar si la medida que restringió la libre circulación y si la decisión de los gobernadores de bloquear los accesos a sus provincias fue o no constitucional.

Como hemos visto, las emergencias pueden funcionar como elemento esencial para la justificación de ciertas suspensiones a los derechos garantizados y protegidos por nuestra CN. Ahora bien, sin la vista elusiva de la CSJN, la sobre producción de DNUs nunca hubiese sido posible. Sobre este punto Bidart Campos (1995) nos recuerda que "la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el Derecho Constitucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el art. 99 inc. 3° con extremada severidad y excepcionalidad pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte" (p. 220)

Tras haber afirmado que el decreto 297/20 fue expedido en un contexto de emergencia, Bidart Campos nos advierte que la Corte se ha comportado con cierta desidia a la hora de imponer límites a los contenidos de los DNUs. De esta idea, que parece ir en contra de las estrictas condiciones impuestas por el artículo 99 inciso 3 de la CN, surgen las preguntas que guiarán la siguiente sección: ¿hasta qué punto puede avanzar el poder ejecutivo sobre los derechos garantizados por la Constitución? Y, ¿qué dice la Corte sobre el tema?

La CSJN ha dejado una extensa lista de casos en los que analiza los derechos en juego en situaciones de emergencia. Resulta de suma importancia entender que opina el máximo tribunal pues, según Alejandro Carrió (2020),

> Cuando el presidente utiliza la herramienta excepcional de un DNU -la cual debería ser revisada dada la propensión de los gobernantes a utilizarla- no por ello la misma resulta inmune al control constitucional. Sucede más bien lo opuesto. La legitimidad de una norma de alcance general que un presidente dicta invocando la imposibilidad de que actúe el Congreso, reclama un muy estricto control de los jueces.

Entonces, para lograr entender hasta qué punto avala el máximo tribunal el avance del estado sobre los derechos constitucionales en situaciones extraordinarias, analizaremos los fallos más relevantes sobre el tema.

Sin embargo, antes de comenzar, cabe realizar una aclaración. Los casos que veremos en esta sección se refieren, en su mayoría a leyes, pero, nuestro estudio, refiere a una norma emitida por un DNU. Dicho instrumento presenta algunas características de control exclusivas que veremos con detenimiento más adelante. Sin embargo, por el momento, ver la sustancia de estos fallos, prescindiendo de un análisis sobre la forma de la norma en discusión, nos ayudará a pintar un cuadro sobre la interpretación que hace la Corte sobre las situaciones de emergencia en general.

a) Ercolano

Nuestro viaje que pretende estudiar los hitos más importantes que la CSJN dejó en nuestro camino empieza por el caso Ercolano (1922). Si bien este se refiere a limitaciones al derecho de la propiedad en circunstancias de emergencia económica, el fallo nos sirve por ser la primera incursión de la Corte en el tema. El máximo tribunal se expresó con contundencia sobre el alcance de los derechos constitucionales en un contexto de emergencia. Sobre tema dijo la mayoría:

> Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho

> ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social.

Tras esta afirmación, la Corte pasa a adelantar un argumento que luego volvería a usar para justificar situaciones análogas del porvenir: sostienen los magistrados que la CN permite ciertas restricciones a los derechos por ella garantizados, pero que, por no prever todas las limitaciones posibles, tiene el Congreso la facultad de reglamentar su ejercicio.

En Ercolano, la Corte, en su debut sobre el tema de las emergencias, otorga un poder de policía amplio al Estado. Se establece que, cuando las circunstancias lo ameritan, siempre en vistas de un interés público mayor y de los intereses vitales de la comunidad, se justifica el avance del estado sobre algunos derechos constitucionales.

b) Avico

En el caso Avico (1934) , la Corte vuelve a mostrarse deferente ante los avances del Estado sobre algunos derechos constitucionales tal como lo había hecho en Ercolano. En este caso, el máximo tribunal convalida una ley que ajustaba los intereses en préstamos de garantías hipotecarias, haciendo vista omisa a lo pre pactado por las partes. La amplitud del poder de policía que demuestra el Estado en Avico es contundente.

En su voto mayoritario, la Corte sostuvo que los derechos de propiedad y libertad no son absolutos, sino que se encuentran

> limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 de la CN) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo.

El mensaje del fallo es claro. Bajo circunstancias de emergencia el Congreso podrá gozar de un amplio poder para decidir como remediar la cuestión. Sin embargo, cabe aclarar que dicha libertad fue atada a cuatro límites o, mejor dicho, cuatro condiciones que deberían darse para que la intervención estatal en situaciones excepcionales sea válida.

La primera condición que menciona la Corte es aquella de la legitimidad, la segunda es la de razonabilidad, la tercera es la de la existencia de una verdadera situación de emergencia y la cuarta es que la norma debe estar limitada en el tiempo. Más adelante nos adentraremos con mayor profundidad en estos parámetros. Estos requisitos genéricos nos servirán más adelante para determinar si las medidas adoptadas por los gobernadores fueron o no constitucionales.

c) Peralta

En la colección de fallos sobre emergencias económicas, tal vez Peralta (1990) es aquél cuyo avance sobre los derechos constitucionales es más agresivo. En este caso, el decreto 36/90 canjeó los depósitos de los ahorristas a bonos de deuda pública con plazo de rescate de diez años. Aquellos que, por sus circunstancias, no podían esperar, debían vender sus títulos a precio de mercado que, obviamente, era mucho menor a su valor real. En este caso, el derecho a la propiedad se encontraba seriamente amenazado.

A pesar del grave avance sobre el derecho constitucional, otra vez, basando su argumento en la emergencia, la Corte se mostró deferente frente a los avances del estado, apoyando la constitucionalidad del decreto. El fallo Peralta es de suma importancia para el tema que nos acaece hoy, pues representa un punto de inflexión en la visión de la Corte sobre cuestiones de emergencia. Hasta entonces, en los fallos Ercolano y Avico, el máximo tribunal había tratado temas en los que las decisiones del estado o las normas emitidas por el órgano legislativo dirimían conflictos sociales. En cambio, en Peralta, es el Estado Nacional quien entra en el territorio de la emergencia, y el que, además, declara la mismísima situación de emergencia.

El caso expone una segunda diferencia respecto de los fallos vistos hasta ahora. En Avico y Ercolano, se establecía el requisito de que la situación de emergencia debía ser promulgada por ley. Peralta inicia una nueva tendencia que perdura hasta el día de hoy: la de declarar la emergencia a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia. Esta estrategia, que convalida la Corte, le ha permitido al Poder Ejecutivo en numerosas ocasiones expedir normas cuyo estatus jurídico es el mismo que el de una ley, evitando

así los tiempos (generalmente más lentos) que exige la promulgación de una norma a través del Congreso.

Peralta representa otro gran hito en el que la Corte se muestra deferente sobre los avances del Estado frente a derechos constitucionales. Como lo deja en claro Julio Cesar Rivera (2020) “Peralta constituye una prueba irrefutable de esa condescendencia del Poder Judicial hacia los efectos de la emergencia.” (p. 1)

d) Compañía Azucarera Tucumana

Ahora bien, aunque la Corte ha probado, como vimos en los casos hasta aquí analizados, otorgar sendas libertades al estado cuando existe una supuesta situación de emergencia, esto no quiere decir que no haya, en algunas ocasiones, fijado algunos límites. Los derechos constitucionales pueden restringirse temporalmente, pero esto no quiere decir que la constitución en sí debe entrar en suspenso. La ley suprema contempla que pueden llegar a existir situaciones, como la creada por el COVID – 19, en las que sus derechos pueden verse vulnerados, pero jamás olvidados. En el mismo orden de ideas, Luis Kamada (2021) sostiene que “el estado de emergencia suscitado por el COVID-19 no está fuera de la Constitución, sino que está comprendido en ella y sujeto a sus valores, principios y reglas, que no han quedado derogados.”

Pero, antes de adentrarnos en fallos que reivindican lo dicho en el párrafo anterior para normas que tratan específicamente el tema del COVID – 19, veamos que dijo la Corte en situaciones anteriores. En el caso Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán (1927) la Corte reconoció que

> La Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse.

En el mismo considerando la Corte agrega que “La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado.”

De lo dicho por la Corte entendemos dos cosas se suma relevancia para el análisis del accionar de los gobernadores. En primer lugar, entendemos que sin importar el grado extremo que suponga la situación de emergencia, jamás se podrá prescindir de los valores y principios impuestos en toda la constitución. En segundo lugar, que para que la norma sea válida, ella deberá superar un juicio sobre su razonabilidad.

e) Caso Lanzieri

Llegamos ahora a un fallo en el que se trata directamente una medida relacionada con el COVID-19. El 19 de abril del 2020 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires emitió la resolución conjunta N° 16/MJGGC/2020. En ella, se establecía una restricción de circulación especial para los adultos mayores de 70 años. El juez de primera instancia Lisandro Fastman (2020) dio lugar a la acción de amparo impulsada por el jubilado Silvano Lanzieri, declarando la inconstitucionalidad de la norma.

En su argumentación, el juez Fastman destacaba que la medida, “desde la óptica judicial” (p. 18) generaba un detrimento a los derechos constitucionales garantizados en los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28,29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Por esta razón, por más que existiera una probada y evidente situación de emergencia, la norma no superaba el test de constitucionalidad y, por ende, no podía ser válida.

Fastman además se refiere a la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, pues en ella se sostiene 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” (p. 18)

La argumentación del fallo va en línea con lo expresado por la Corte en Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán. Desde ambas perspectivas, aún en contextos de emergencia, se establece que todos los bienes jurídicos deben tenerse en cuenta. De estos dos últimos fallos concluimos que un análisis para ponderar el peso de cada derecho constitucional debe llevarse a cabo para que la norma sea válida.

IV) Fronteras interiores

Hemos visto en esta larga prosapia de sentencias emitidas por la Corte dos posiciones: una que otorga grandes libertades al gobierno en situaciones de emergencia (Ercolano, Avico y Peralta) y otra que las limita (Lanzieri y Compañía Azucarera). Ahora, veremos una serie de casos en los que algunos gobernadores blindaron el acceso a sus provincias, creando verdaderas fronteras interiores. Buscaremos determinar si estas acciones respetan los lineamientos fijados por la Corte, para luego analizar si los gobernadores tenían competencia para imponer los bloqueos, si algún derecho constitucional fue vulnerado y si la medida fue o no razonable.

a) El bloqueo San Luis – Córdoba

En junio del año pasado, el gobernador de la provincia de San Luis, Alberto Rodríguez Saá, bajo el decreto 1894/2020 ordenó bloquear la circulación de la ruta nacional 8 y la de la ruta provincial 30, so pretexto de desacelerar la propagación del Covid-19.

Pese a los serios daños a una serie de derechos constitucionales (veremos esto con más detalle en el siguiente apartado) las autoridades provinciales de San Luis no lograron dar explicaciones claras de porqué la medida resultaba necesaria o razonable. Frente a esta situación, un conjunto de entidades rurales y asociaciones de transportistas decidieron presentar una medida cautelar, solicitando el fin de los bloqueos.

Los periplos judiciales que se desencadenaron como consecuencia de esta acción fueron, al menos desde un punto de vista procesal, sumamente interesantes. El juez federal Carlos Ochoa (2021) de Río Cuarto, provincia de Córodba, falló a favor de los peticionantes y en contra del gobernador puntano, argumentando que los bloqueos "estarían en condiciones de producir un daño concreto a los derechos de los ciudadanos

representados por los amparistas, importando un presunto exceso de parte del poder de policía local". Tan solo unas horas después de la resolución, su par de la provincia de San Luis, Juan Esteban Maqueda (2021), hizo lugar a una acción declarativa de certeza rechazando la medida sentenciada por el juez Cordobés. El magistrado destacó que

> el Estado Provincial tiene el deber de establecer su accionar frente a la pandemia de Covid-19 teniendo en cuenta dos conceptos fundamentales: por un lado, que el derecho a la vida constituye un primer derecho natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva; a lo que deben sumarse los deberes del Estado Provincial: combatir las pandemias y garantizar el derecho a la salud.

Ante estas respuestas diametralmente opuestas, los peticionantes presentaron una acción de amparo para que la CSJN se expida sobre la cuestión. Si bien la Corte no ha tratado el caso aún, la Procuración General de la Nación evitó tratar el problema al emitir un dictamen en el que señaló que el caso no trataba materia federal alguna, por lo que la Corte no debería ser competente.

El caso en cuestión es ilustrativo de las dos posiciones que ha tomado la Corte frente a situaciones de emergencia. Si consideramos aquel criterio laxo y deferente de los casos Avico, Peralta y Ercolano, entenderíamos que el detrimento de los derechos constitucionales afectados por el bloqueo de las rutas se justifica por la protección de otro derecho, acaso más valioso, como lo es el derecho a la vida. Sin embargo, bajo el criterio en Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán (que va en línea con los argumentos del juez Fastman en el caso Lanzieri) entenderíamos que el decreto provincial 1894/2020, que pretende hacer valer las direcciones del DNU 297/20 es inconstitucional, pues la emergencia nunca podría ser un motivo para la supresión de ningún derecho constitucional.

b) El caso de la familia Musse

Si bien el juez Ochoa falló en contra del bloqueo, esto no quiere decir que en su provincia no existieron restricciones a la libre circulación. De hecho, al ciudadano Pablo Musse, quien iba a visitar a su hija que se encontraba bajo cuidados intensivos, se le prohibió el

acceso a la ciudad de Alta Gracia. Por esta restricción, Musse no llegó a estar con Solange, su hija, antes de que ella falleciera.

Para la familia Musse el daño ocasionado fue tan grave que decidieron no solo presentar acciones en la justicia local, sino también ante la Corte Interamericana de Derechos humanos. En este reclamo, lo accionantes argumentaron que, además del derecho a circular libremente, en su caso en particular la medida había ocasionado una seria lesión al derecho la dignidad y a la honra. Además, introducen un principio que vela nuestra Constitución y que hasta ahora no hemos visto: el principio precautorio. La denuncia explica que este principio "permite acudir a la justicia del caso particular, basándose en el sentido común, sin descuidar la legislación vigente de un tiempo y momento determinados, pero sin aplicar el rigorismo extremo y la literalidad de la norma" (Diario Judicial, 2020). Pero si el argumento de los demandantes no nos resulta suficiente, pues creemos que aún en estos casos extremos es necesario un mal menor para evitar uno mayor, veamos con detenimiento qué tiene para decir el decreto 297/2020.

El artículo 6, que enumera los casos y las situaciones exceptuadas del aislamiento, en su inciso 5 establece que podrían circular todos aquellos que deban asistir a otras personas con discapacidad. Entendiendo que la situación del padre de Solange se subsume a la perfección bajo esta excepción, la detención de su paso en la frontera Cordobesa hace aún más grave la vulneración a sus derechos constitucionales. En este caso, no solo parece existir una vulneración constitucional al trato digno y a la libre circulación, sino también un avance de las fuerzas provinciales sobre normas emitidas por el poder nacional. En el apartado siguiente exploraremos este problema de jerarquía de normas y potestades, para lograr entender si los gobernadores provinciales tenían margen para modificar o agregar contenidos a las direcciones ordenadas por el decreto 297/2020.

c) El calvario del camionero

Martín Samia había partido en su camión desde Buenos Aires para transportar una carga a la ciudad de Mendoza. Luego de unas horas, empezó a sentir fuertes puntadas en el costado izquierdo de su pecho que lo llevaron a tener que detener el camión al costado

de la ruta. Samia no pudo llamar a emergencias, pero por fortuna sí pudo abrir la puerta y caer al costado de la ruta, donde unos viajeros lo vieron y llamaron a la ambulancia.

Cuando llegaron a asistirlo, la ambulancia se dirigió al centro de atención más cercano: el hospital de la localidad de Balde, en el provincia de San Luis. Allí le comentaron que por protocolos el paciente no podía ser atendido y que, en consecuencia, debía dirigirse al hospital de Mendoza. Sin embargo, al llegar a la frontera provincial, un control policial le informó que la ruta se encontraba bloqueada y que, por ese motivo, por allí no podían pasar. Finalmente, tras presentar un reclamo en la fiscalía de turno y luego de 16 horas de trámites administrativos, Samia pudo por fin ser atendido.

Desde el entorno del camionero denuncian que Samia no fue el único transportista que tuvo que enfrentar restricciones de circulación en casos extremos. Lo sucedido con Samia nos recuerda a los hechos ocurridos en el caso de la familia Musse. En ambos, frente a situaciones que parecerían exigir un criterio más laxo, las autoridades locales, bajo órdenes de sus gobiernos provinciales, optaron por mantener firmes los bloqueos de las rutas. Además, como también vimos en Musse, lo ocurrido a Samia también parecería cuadrar en el inciso 6 del decreto 297/2020, pues allí se establece que están exceptuados del aislamiento aquellos que deben atender una situación de fuerza mayor. El principio precautorio también parece tener sentido en este caso, ya que no parece necesario tener que acudir a la norma para justificar que alguien con un preinfarto debe poder ser atendido en el hospital más cercano.

d) El corte en Salta

Lo sucedido en la provincia de Salta no fue muy distinto a lo ocurrido en el caso del bloqueo de otras provincias, sin embargo, la decisión de la Corte agrega una arista a la cuestión que vale la pena explorar.

Arguyendo que su provincia, por su posición en el territorio argentino, es la que mayor cantidad de fronteras tiene, el gobernador Salteño Gustavo Sáenz ordenó restringir los principales accesos. En sus propias palabras, Sáenz (2021) sostuvo que abocaría grandes esfuerzos para “bloquear y blindar las fronteras” y así lo hizo. En consecuencia, el ciudadano Ernesto Brescia, quien viajaba desde la Ciudad de Buenos Aires,

cumpliendo con los requisitos que el decreto 297/2020 exigía a los trabajadores esenciales, no pudo acceder a su establecimiento agrario en la localidad de La Candelaria.

Brescia entendió que, por los bloqueos, su derecho a ejercer la industria lícita y a circular libremente se encontraban en juego. Por este motivo, decidió promover una acción de amparo, solicitando explicaciones al gobierno Salteño que manifestaran porqué sus requisitos de acceso eran más gravosos que aquellos exigidos por el gobierno nacional. La Corte no solo hizo lugar a este reclamo, sino que, además, amplió el pedido a las otras provincias que incurrieron en restricciones circulatorias similares a las empleadas por el gobierno de Salta.

e) El pacto Perotti – Capitanich

Los gobernadores de Santa Fe y Chaco decidieron por teléfono cerrar por completo el paso entre ambas provincias. En un gesto de generosidad con su par del norte, Perotti (2021) afirmó en una conferencia de prensa que “todo aquel que esté yendo camino a Chaco o al norte deberá volver, ya que no encontrará instancia de cruce”. Con este acuerdo, Capitanich logró restringir el paso de los 9 puntos de acceso que tiene su provincia y convertirse así en el primer gobernador en blindar por completo el acceso a su provincia. Pese que en el decreto 297/2020 se estableció un listado de excepciones a las restricciones circulatorias, Juan Basail (2020), subsecretario de seguridad vial del Chaco, sostuvo que solo podrían entrar a la provincia los "cargamentos esenciales, médicos, personal que trabaja en medicina, remedios, afines y más, alimentos y afines a alimentos".

Como ya vimos en todos los casos anteriores, el bloqueo de las rutas y las restricciones a la circulación conllevan una seria lesión a múltiples derechos constitucionales. Ahora bien, tras leerlos, la pregunta que naturalmente surge es la de porqué estos ciudadanos, cuyas situaciones se subsumían perfectamente dentro de de las excepciones dictadas en el el decreto 297/20, fueron obligados a volver por sus propios pasos hacia su lugar de origen.

Las defensas que surgen de las cupulas gubernamentales de los gobiernos provinciales tienen que ver con el riesgo que implica la circulación de personas en la propagación del virus. Doctrinarios como Lucas M. Oller (2021) discrepan con esta clase de argumentos, pues cree que en realidad los operativos como los que vimos hasta ahora "tenían en mira más la eficiencia estadística que la concientización de la población de las novedosas prohibiciones de circulación." (p.3)

Sobre lo sucedido en el Chaco, el prestigioso constitucionalista Andrés Gil Domínguez (2021) comentó por Twitter: "Lo resuelto por el gobernador del Chaco desconoce los artículos 8 y 9 de la Constitución argentina, dinamita el sistema federal y es desproporcionado porque existen otros medios más idóneos para lograr el mismo fin". Con esta frase, Gil Dominguez menciona tres puntos que analizaremos de ahora en adelante con mayor detalle. Primero, nos preguntaremos si las provincias tienen competencia suficiente para ampliar o reglamentar decretos que han sido emitidos por el presidente de la nación. Este será un punto clave para responder la incógnita que impulsa esta tesis: Si concluimos que los gobernadores han extralimitado sus poderes, avanzando sobre aquellos conferidos al poder nacional, nos encontraríamos frente a una sería amenaza a nuestro sistema republicano y en consecuencia, frente a un accionar inconstitucional. Luego, veremos de qué forma y hasta qué punto han sido lesionado los derechos constitucionales en casos como los vistos anteriormente. Por último, veremos si las medidas adoptadas por los gobernadores han sido razonables, es decir, si el medio empleado es el más eficaz y menos lesivo a los derechos constitucionales para solucionar el problema cualquiera este fuere.

V) ¿Competencia del PEN o de las provincias?

Tras ver una serie de casos en los que los gobernadores restringieron normas emitidas por el presidente de la nación, la primera pregunta que nos surge es aquella de si las provincias tienen o no la facultad de modificar decretos nacionales. Ya sea prohibiendo la circulación de trabajadores esenciales (el caso del agricultor salteño) o de personas que debían asistir a otra (la trágica situación de Pablo Musse) las medidas adoptadas

por los controles policiales van expresamente en contra de aquello dictado por el decreto 297/2020.

Para contestar la pregunta anterior, como nos indica Julio César Rivera (2020) “debemos partir de que las "fronteras interiores" creadas por provincias o municipios afectan la libertad de circulación y la de ejercer el comercio garantizadas por el art. 14” (p.1) de la CN, cuando en realidad, según el artículo 75 inciso 13, corresponde al Congreso de la Nación reglamentar toda materia que tenga que ver con el comercio interjurisdiccional. Pero restringirnos al artículo 75 inciso 13 sería pasar por alto muchas otras materias que son exclusivas del Congreso y que las medidas que hemos visto avanzan sobre ellas. Como nos recuerda Emilio A. Ibarlucía (2020), la limitación de los derechos constitucionales en su totalidad es una competencia y facultad única del Congreso, pues así lo manifiestan los artículos 14, 17, no y 75 inciso 12. De hecho, Ibarlucía afirma que los “gobiernos provinciales y municipales (aún antes de que el PEN restringiera la libre circulación) cerraron la libre entrada y salida de sus ejidos territoriales cuando ninguna atribución constitucional tenían para hacerlo (…)” (p. 6). Ibarlucía respalda esta contundente frase con los artículos 5,6,8,9 y 10 de la Constitución.

Ahora bien, alguien podría argüir que, si uno mira con detenimiento el decreto 290/7, su artículo 10, que establece que tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires “dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto” da a entender que de esta manera se delega en los gobernadores la facultad de hacer valer las medidas allí impuestas. Y hasta cierto punto esto es cierto. El decreto les confiere a los gobiernos provinciales la capacidad de implementar las medidas de restricción de circulación, pues cada provincia presenta ciertas particularidades que hacen necesaria una toma de decisiones hechas a su medida. Sin embargo, esto no quiere decir que la delegación sea absoluta y que las provincias puedan usar el decreto como una guía.

El decreto dibuja un marco normativo dentro del cual los gobernadores deben operar. Cualquier medida que se exceda de sus límites, corre el riesgo de lesionar derechos constitucionales y de poner en juego el federalismo. Sobre este punto con mucha claridad se manifestó en su sentencia el juez Ochoa (2021). En sus palabras “las normas

federales que fijan las condiciones para la circulación en la emergencia delegan en las provincias la reglamentación y adopción de las medidas complementarias adecuadas, pero no las autoriza a desconocer las excepciones que aquellas contemplan (…)"

Debemos también destacar el artículo 31 de la CN, conocido como la cláusula de la supremacía. Dicho artículo sostiene que las leyes federales dictadas por el Congreso poseen una jerarquía superior. Son, en palabras de la Constitución "la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas". Como el contenido del decreto es, tal como indica Piombo (2020), "materialmente legislativo" (p.2), podemos decir con un alto grado de certeza que, frente a una colisión entre derecho provincial y federal, debería primar este último.

Ahora bien, alguien podría objetar, con buen criterio, que el poder de policía sobre la salud de los ciudadanos es una potestad concurrente entre estado nacional y provincial, toda vez que la Constitución, en ningún momento, dirime con claridad y exactitud el responsable de dicha facultad. El argumento cobra mayor fuerza si leemos la constitución de principio a fin, pues veremos que, como nos recuerda Piombo, la palabra "salud" aparece tan solo una vez en todo el texto y que, en esa ocasión, "parece textualmente ceñida al ámbito de los derechos de los usuarios y consumidores (art. 42, CN)."

Ante el silencio de los constituyentes sobre la distribución del poder de policía en lo que respecta a la salud pública, la Corte (1999), en el caso "Viñedos Rubino Hnos. SACIFA c/ Prov. De mendoza" se expidió sobre el tema. Sostuvo en uno de sus considerandos que

> las restricciones impuestas por la provincia demandada [a la comercialización de vinos envasados fuera de su lugar de origen] lo han sido en el legítimo ejercicio de facultades concurrentes que la autorizan, con fundamento en los poderes de policía para la protección de la salubridad pública, a reglamentar la actividad de ciertas industrias y facultades que sólo pueden ser reputadas en contradicción con las ejercidas por la autoridad nacional cuando median condiciones que las tornen inconciliables.

Sin embargo, en el fallo Leiva, la Corte (1992) también estableció que la facultad de emitir normas sobre asuntos de salud pública puede ser asignada exclusivamente a un único nivel del poder estatal. La Corte argumentó que, cuando la problemática en cuestión trataba un tema de salubridad cuyas implicancias no se limitan únicamente a una provincia en particular, entonces el estado federal pude abrogarse la potestad exclusiva para regular. En este sentido, en uno de sus considerandos el máximo tribunal sostuvo:

> "...la necesidad de que la Nación elabore planes y políticas tendientes a afianzar la salubridad, la moral y la conveniencia colectiva de la comunidad por encima de los límites provinciales y en la medida en que sea necesario para el logro de tales fines, los que se hallan en consonancia con uno de los elevados propósitos contenidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional, el de promover el bienestar general".

Con esta frase la Corte concedió potestad exclusiva al Congreso para regular las extracciones de sangre bajo la ley 22.900. Piombo agrega un matiz más a esta cuestión. Según el doctrinario, debe primar la regulación federal por sobre la provincial siempre que se presente el problema del "*spillover*", es decir, asuntos cuya magnitud supera a la incumbencia de una sola provincia. Piombo se refiere a estos problemas como aquellos cuyas externalidades "los estados individuales no quieren o no pueden atender eficazmente por problemas de acción colectiva" (p.5). Teniendo en cuenta el análisis hecho hasta ahora, para determinar si las regulaciones sobre salubridad se tratan de una potestad concurrente o exclusiva, tenemos que definir si la situación que da origen a la norma exige, para responder de manera certera y eficiente, una acción global.

En respuesta a la afirmación del párrafo anterior, podríamos encontrar dos posiciones enfrentadas. La primera, sería aquella a favor de le regulación provincial. Esta posición argüiría que las modificaciones provinciales al decreto 297/20 no perjudican la eficiencia de la resolución del problema y que, en consecuencia, la facultad de regular sobre cuestiones de salubridad es concurrente entre nación y provincia. La segunda posición, diría que la magnanimidad y escala de la pandemia exige una respuesta abarcadora para todo el país, pues dejar librado a cada provincia su forma de interpretar el decreto puede resultar en un caos normativo.

Frente a una pandemia, que de por sí causa confusión, se necesitan pocas normas que sean claras. Pero para sostener que la situación creada por el virus es un problema que exige una única norma, no debemos quedarnos tan solo con este argumento puramente intuitivo. Existen otros elementos que sustentan esta posición. En todos los decretos emitidos por Poder Ejecutivo para resolver cuestiones relacionadas con el COVID-10, sus redactores dedican sendas líneas a explicar la gravedad del virus. Son párrafos tras párrafos que citan a organismos internacionales y fuentes de autoridad en la materia.

Por estos motivos concluimos que las medidas impulsadas por el decreto 297/20 son jerárquicamente superiores a aquellas decretadas por los gobernadores y que, en consecuencia, estas últimas son inconstitucionales. En esta línea, Andrés gil Domínguez añadió que “el "poder de policía" que tienen las provincias las habilita a cerrar shoppings, bingos, clubes, escuelas, pero no a cerrar fronteras o establecer aislamientos obligatorios sociales.”

Sobre este último punto alguien podría objetar que las excepciones del decreto 290/7 no son precisas y que, en realidad, las autoridades provinciales no modificaron su contenido, sino que consideraron que muchos casos no se subsumían bajo las excepciones de no circulación. Puede ser este punto tenga algo de sustento cuando los circulantes que se presentaban a las fronteras no tenían los papeles reglamentarios en orden. Sin embargo, cuando sí los tenían, como en todos los casos que narramos anteriormente, no parece que el argumento tenga cabida. Ya por el hecho de que algunas de estas rutas fueron bloqueadas, literalmente, con montículos de tierra, demuestra que nunca existió siquiera la intención de analizar si los circulantes se encontraban comprendidos dentro de las excepciones del decreto.

Otros constitucionalistas atacan la extralimitación de los gobernadores desde otro ángulo. Ante medidas como los bloqueos de rutas, algunos doctrinarios sostienen que la restricción de la circulación amenaza de forma tan gravosa derechos esenciales garantizados por nuestra constitución que, realidad, la única manera de restringirlos, debería ser dentro del marco de un estado de sitio. Sobre este punto, explica Martín Yeza (2021), en otro Tweet, que “En la República Argentina, el único que puede restringir la libre circulación en el territorio de la República es el Presidente, con autorización del

Congreso solicitando Estado de sitio". Según Yeza, la restricción a la circulación requiere de tal vez el marco excepcional, vale la redundancia, más excepcional de todos: el Estado de sitio. En consecuencia, si requerimos de un pedido del presidente para que lo declare y de una autorización del Congreso para, por ejemplo, bloquear la entrada y salida de personas por una ruta, entonces jamás podrá imponer esa misma medida un gobernador provincial de forma unilateral.

A esta altura ya nos encontramos un paso más cerca de lograr responder nuestra pregunta inicial. Ya sea que pensemos que las restricciones circulatorias, para que sean constitucionales, requieren de una previa determinación de un estado de sitio, o que pensemos que el decreto fija un marco normativo dentro del cual los gobernadores, dentro de él, pueden regular, parecería que jamás podrían ir más allá de lo fijado por el Poder Ejecutivo nacional. Concluyendo esto entendemos, por el momento, que los gobernadores se han extralimitado de los poderes que le confiere la constitución y que, por ende, sus medidas han sido inconstitucionales.

VI) Lesión a los derechos constitucionales en danza:

Ya hemos mencionado en varias ocasiones que las medidas de los gobernadores han lesionado de alguna manera varios derechos constitucionales. A continuación, veremos exactamente de qué modo y hasta que punto lo han hecho. Para ello, acudiremos nuevamente a fallos de la Corte Suprema y a artículos de doctrina de prestigiosos constitucionalistas.

a) El derecho circular libremente

Empezamos con el derecho cuya violación torna innegablemente inconstitucional el decreto en cuestión: el derecho a circular libremente. Según el artículo 14 de nuestra constitución, todos los nacionales argentinos tienen el derecho a permanecer, a circular y salir del territorio argentino. En el mismo orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que un ciudadano no puede ser expulsado del territorio del país del cual es nacional.

Si bien aceptamos ciertas restricciones, como podría ser fijar un límite a la velocidad de conducción en una ruta de alguna provincia con caminos montañosos, debemos determinar si la restricción total es o no constitucional. El análisis presenta desafíos. Si bien, existen las garantías concedidas por el artículo 14 de la Constitución y de lo dicho por la Convención, estas normas no establecen con precisión el grado de regulación que puede sufrir el derecho a circular libremente. Frente a este alto grado de deferencia, los aparatos legislativos (ya sean provincial o nacional) tienen grandes libertades para regular el derecho en cuestión. De todos modos, existen algunos fallos de la Corte que pueden ayudarnos a esclarecer el problema.

En 1976 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció un régimen que regulaba por horarios la circulación por la capital. Bajo el expediente caratulado "Linck, Ricardo s/ circular en día prohibido" la Corte (1976) sometió a la norma a un *test* de razonabilidad y sentenció que

> (...) las limitaciones contenidas en ellas sólo afectan una de las modalidades del tránsito y en circunstancias expresamente determinadas, por lo que las normas legales en cuestión, juzgadas conforme los fines que justificaron su establecimiento y la ausencia de iniquidad que se infiere de su texto..., no resultan atentatorias de los principios constitucionales invocados.

Si bien uno podría objetar que esta sentencia debe leerse a la luz del contexto histórico político de La Argentina en 1976, lo cierto es que, años más tarde la Corte (1991) falló en "Arenera El Libertador" presentando un argumento similar. En ese caso, sostuvo el máximo tribunal que la libertad de tránsito podría verse limitada siempre y cuando no existiera una "necesidad indispensable del uso de la vía".

Ante la vaguedad del artículo 14, la Corte interpreta que cuando la regulación a la garantía de circular libremente no afecte movimientos considerados como indispensables, esta será constitucional. Según Piombo en los dos fallos que mencionamos, el máximo tribunal distingue "entre la penumbra del derecho de tránsito o movimiento —altamente configurable por el legislador— y su núcleo —merecedor de mayor protección." En el fallo Link, la Corte además parece referirse a que la regulación debe aprobar el test de razonabilidad. Si bien veremos qué quiere decir esto con más

detalle en la siguiente sección, adelantaremos que lo que busca el *test* es corroborar que la medida sea la más idónea para lograr el fin buscado.

Debemos entonces ver si el bloqueo de los gobernadores es razonable y si la medida daña la penumbra o la esencia del derecho a circular libremente. Sobre el primer punto, dada la gravedad acreditada por el decreto 297/20 (y tanto otros emitidos en el contexto de la pandemia) parece que es razonable restringir la circulación de las personas. Ahora bien, también parece razonable dispensar a ciertas personas de esta restricción, pues en algunos casos resulta indispensable el movimiento. El decreto 290/20 parece advertirlo y por eso fija una serie de excepciones. La restricción total de las rutas es irrazonable por no lograr contemplar aquellas situaciones que requieren de un escrutinio casuístico. Por este mismo motivo, concluimos que los bloqueos absolutos ponen en jaque el núcleo del derecho garantizado en el artículo 14 de la Constitución.

b) El comercio interprovincial

El artículo 75 inciso 13 de la Constitución prevé que corresponde al Congreso de la Nación legislar sobre le comercio entre las provincias. Restringir que las provincias regulen el comercio interprovincial se trata de una medida básica para asegurar el federalismo. En este sentido, el constitucionalista Antonio Hernández (2021) sostuvo que los artículos 75 inciso 12 y 126 no permiten las "prohibiciones que impidan el tránsito de personas o mercaderías en el único territorio de la Nación." Y que, en consecuencia, los bloqueos absolutos ponen en "en juego normas y principios esenciales del federalismo argentino". Tal vez por este motivo es que también el artículo 126 prohíbe por completo que las provincias expidan leyes sobre el comercio o la navegación interior. Existen numerosos fallos de la Corte que decretan la inconstitucionalidad de normas provinciales que intentaban, de alguna u otra forma, favorecer su propio comercio.

La lesión a los derechos establecidos por los artículos 75 inciso 13 y 126 toman relevancia para aquellos casos en los que el individuo no cae bajo alguna de las excepciones amparadas por el decreto 297/20, pero que por la naturaleza de su negocio las restricciones de las provincias afectan su actividad. En el caso del derecho a circular libremente, concluimos que la vulneración era clara cuando se trataba de un caso que

se subsumía dentro de las excepciones. Lo que tratamos ahora de entender es si, aún cuando alguien no se encuentre bajo una de estas excepciones, sí debería tener permiso para circular cuando su actividad comercial así lo requiere.

Teniendo en cuenta que nos encontramos transitando una pandemia podemos concluir que los bloqueos provinciales no atienden a cuestiones de favorecimientos y ventajas comerciales. Por lo contrario, entendemos que el objetivo de estas medidas extremas tiene más bien que ver con la protección de la salud. Teniendo en cuenta que el volumen comercial interjurisdiccional es elevado, parecería que la norma de prohibir los cruces entre una provincia y otra es razonable para detener la propagación del COVID-19. Alguien podría sostener que, de todos modos, existen medidas menos lesivas para llegar al mismo resultado. Es decir, que el bloqueo absoluto no es necesario, pues existen otras medidas igual de eficientes como por ejemplo escoltar a los comerciantes para asegurarse de que cumplan con su actividad, o sencillamente tomar la temperatura al ingresar a la provincia. Teniendo en cuenta que el volumen del comercio interprovincial puede ser altísimo entre algunas provincias y que, además, las fuerzas policiales ya se encuentran saturadas atendiendo otras ordenes, la primera propuesta parece imposible de llevar a cabo en la práctica. La segunda alternativa tampoco parece ser del todo eficiente, pues aún no se sabe con certeza que la temperatura corporal es un factor determinante para dirimir si una persona porta o no el virus. Entonces, si bien estas medidas pueden llegar a ser efectivas, no podemos determinar con absoluta seguridad si ellas podrían evitar por completo la propagación del virus.

En síntesis, los artículos 75 inciso 12 y 126 ofrecen un posible argumento para aquellos que, no hallándose amparado por ninguna de las excepciones del decreto, deseen poner en pugna su constitucionalidad. Sin embargo, teniendo en cuenta el desconocimiento científico que existe en torno al COVID-19 y la falta de pruebas sobre métodos alternativos al aislamiento para prevenir su expansión parece que las restricciones al comercio interprovincial no solo tienen sentido, sino que, además, son completamente razonables.

VII) Razonabilidad y legitimidad de las medidas tomada

Siempre que se lee un solo artículo de la constitución, se debe luego leer el texto completo devuelta. Esto así, pues, Si bien la ley suprema se divide en capítulos y secciones, opera de manera orgánica, como si fuese una sola pieza. El poder ejecutivo debería entonces siempre tener en cuenta el resto de los derechos y, sopesar, si la vulneración de uno para la maximización del otro es razonable.

Como hemos visto en el capítulo "efectos de la emergencia según la CSJN", la Corte advierte en varios momentos que cualquier derecho constitucional, en especial cuando existe un contexto de emergencia puede, de alguna forma, ser restringido. Luego, hemos analizado y concluido, en el capítulo "¿Es el DNU un vehículo adecuado para emitir la norma?" que el decreto fue efectivamente emitido bajo una circunstancia atípica de emergencia. De haber concluido lo contrario, entonces rápidamente podríamos haber sentenciado que, por no respetar las condiciones impuestas por el artículo 99 inciso 3 de la Constitución, el decreto era inconstitucional. Como como este no fue el caso, proseguimos con nuestro análisis y vimos, en los capítulos "Lesión a los derechos constitucionales en danza" y "fronteras interiores" que, por varios motivos, el decreto anulaba (en vez de restringir) algunos derechos constitucionales. Luego, en el capítulo "¿Competencia del PEN o de las provincias?" vimos el argumento más fuerte en contra de la constitucionalidad del decreto: aquel que indicaba que los gobernadores provinciales, al modificar el contenido del decreto nacional, se estaban excediendo de sus competencias y capacidades asignadas por la carta magna. Pero si suponemos que la postura de esa sección del trabajo es incorrecta y que, entonces, los gobernadores sí tenían potestad para blindar sus provincias, entonces sus acciones deberían, para ser constitucionalmente válidas, pasar por un último filtro: el de la razonabilidad.

Lo que buscaremos dilucidar es si la acción es la más adecuada para lograr el fin buscado o, en otras palabras, si el blindaje total de las provincias resulta ser la medida más idónea y menos lesiva a los derechos constitucionales para evitar la propagación del coronavirus. Este análisis es de vital importancia no solo para determinar la validez constitucional de las medidas adoptadas por los gobernadores, sino también para exponer las tensiones democráticas en juego. Con relación a los hechos sucedidos por el bloqueo de las rutas de acceso a la provincia de San Luis, hechos que narramos hace

dos capítulos, el constitucionalista Antonio Hernández (2021) sostuvo que “la emergencia no está por encima de la Constitución ni la suspende” y que, por este motivo “la restricción de derechos debe ser razonable para no destruirlos” ya que “esa es la esencia de nuestro Estado constitucional y democrático de Derecho”. En el mismo sentido la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Proclamación de Teherán en su Resolución (1984)sostuvo que la “promoción y la protección de una categoría de derechos no debería jamás eximir o dispensar a los Estados de la promoción y protección de los otros”

Ya sabemos que, a través de un decreto, cuando se cumplan los requisitos que la situación excepcional exige, es posible restringir derechos. Pero para que dicha restricción sea válida, como dijimos, debe ser también razonable. Ahora bien ¿Qué elementos determinan la razonabilidad de una norma? Para legitimar los bloqueos ordenados por los gobernadores, utilizaremos los criterios enunciados por Julio Cesar Rivera, pues bajo ellos, es posible realizar un análisis holístico y escrupuloso sobre todos los matices de la norma. Según el profesor Rivera (2020), para que las medidas en pugna sean razonables y constitucionales “debería verificarse que ellas son necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control.” Desglosemos entonces estos criterios y veamos a qué conclusiones arribamos.

a) Adecuación, proporcionalidad y necesidad.

A la hora de ver si la medida en cuestión es o no adecuada, lo que debemos preguntarnos es si ella es la que tiene mayores probabilidades de lograr el fin buscado. En nuestro caso, tenemos que ver si el bloqueo absoluto de una provincia logra detener la expansión del virus y proteger la salud pública. Sore este punto, no existe una sola opinión. Según Rivera (2020) , “la prohibición de ingresar a provincias o ciudades no ha alcanzado para excluir totalmente a la enfermedad”. Además, el doctrinario cree que “existen otros medios”, como por ejemplo un certificado que acrediten no estar portando el virus, para evitar la propagación del virus y restringir lo menos posible el derecho a circular libremente o ejercer el comercio. En este punto Rivera introduce la cuestión de la proporcionalidad. Para que la norma sea razonable, ella debe ser no solo la más idónea,

sino también la menos lesiva. Como vimos, para nuestro autor sí existen medios que logran el mismo fin público de proteger a la salud sin tener que bloquear por completo el tránsito de las personas. El Juez Ochoa, que trató el caso del bloqueo entre San Luis y Córdoba opinó de igual modo. Sostuvo en su sentencia: “Las medidas adoptadas por la Provincia, en especial la de cierre fronterizo dispuesta, se presentaría en apariencia como extrema frente a otras posibilidades tales como el control preventivo para evitar el ingreso de contagiados o casos sospechosos”.

Ahora bien, para otros autores, como Piombo, el desconocimiento científico sobre las implicancias del virus y sobre las barreras para detenerlo es demasiado grande. Por este motivo, Piombo cree que bajo el principio precautorio, debería primar el aislamiento absoluto, toda vez que ella es la forma que por siglos, ha probado ser efectiva.

El principio precautorio se trata de un elemento al que no solo acude Piombo para argumentar a favor del aislamiento. Tras el lanzamiento de una campaña publicitaria por parte del gobierno federal de Brasil, cuyo eslogan era “Brasil no puede parar”, Paulo Miranda, concejal se Sao Pablo, presentó una acción popular. En ella, el concejal argumentaba que, al tratarse de un virus desconocido, resultaba riesgoso incentivar a las personas a retomar sus vidas como si nada hubiese ocurrido. La jueza a cargo del caso hizo lugar al argumento del peticionante, sosteniendo que

> *“*el incentivo para que la población salga a las calles y retome su rutina, sin que haya un plan de combate de la pandemia definido y ampliamente divulgado, puede violar los principios de precaución y prevención, pudiendo también resultar en una deficiente protección del derecho constitucional a la salud, tanto en su perfil individual como colectivo.” (Class Action En Argentina, 2021)

Las dos posturas presentan argumentos lógicos y contundentes. Sin embargo, parecería que, al momento en que las medidas fueron tomadas y el desconocimiento del virus era aún mayor, la adopción del principio precautorio tiene más sentido. De todos modos, debemos siempre recordar que el decreto 297/20 establecía una serie de excepciones para aquellos que sí podían circular. Todos los casos que vimos y narramos van en contra de esas excepciones. Entonces, para poder decir que los bloqueos son adecuados, debemos aceptar dos cuestiones. En primer lugar, debemos afirmar, aunque

en la sección sobre este tema hallamos concluido lo contrario, que las provincias sí tienen potestad suficiente para regular el decreto nacional. En segundo lugar, debemos sostener que aún en los casos excepcionales la restricción es adecuada. Este punto también resulta difícil de aceptar, toda vez que los casos contemplados por el decreto exigen de una valoración especial.

En definitiva, para determinar la adecuación de las restricciones impulsadas por los gobernadores, debemos separar la cuestión en dos. Por un lado, podemos decir que la prohibición de circular para aquellos ciudadanos comunes que no caen bajo la órbita de las excepciones comprendidas en el decreto es, por el principio precautorio, adecuada. Además, para estos casos en los que caemos la mayoría de los ciudadanos, la medida resulta proporcional, toda vez que al momento en que la medida fue implementada, no existían vacunas ni conocimientos certeros sobre como detener el virus. Por el otro, podemos decir que la restricción a quienes sí son excepciones y sí tienen los documentos para probarlo no es adecuada, ya que al tratarse de un número limitado de personas, sí es posible recurrir a otro tipo de medidas para asegurarse de que no porten el virus. Por este motivo, decimos que las restricciones a los excepcionados tampoco son proporcionales.

b) Sujeción a control

El criterio de la sujeción a control es auto explicativo, para que la medida sea razonable debe tener algún escrutinio judicial. En el caso de las medidas impulsada por los gobernadores, parece que los controles siempre llegar tarde, cuando el daño ya había sido ocasionado. Vimos en otra sección varios casos en los que, por la restricción absoluta a la circulación, aún en los casos excepcionados, algunas personas fueron seriamente afectadas. Tal vez los ejemplos que más asombran son el de Pablo Musso, que no pudo visitar a su hija antes de que fallezca o el caso de Martín Samia, el camionero que recorrió varios hospitales antes de ser finalmente atendido. Tan solo en el pedido de explicaciones que la Corte solicitó a raíz de lo sucedido en el caso Brescia los magistrados exigieron que las provincias explicaran “cuáles serían las razones que podrían justificar que, pese a contar con las autorizaciones nacional y provincial correspondientes, se le impongan condiciones adicionales para su ingreso.” De todos

modos, esta incursión del máximo tribunal parece tímida teniendo en cuenta lo visto hasta ahora. Al dar la oportunidad de proveer explicaciones, la corte dilata el tiempo para que se mantengan los bloqueos y aumenten los daños. En suma, no podemos hablar de un control efectivo y sostenido en el tiempo.

c) Limitación temporal

Las medidas que restringen derechos, para que sean razonables, deben tener un límite temporal. Hemos visto en varios de los fallos analizados al principio, que la Corte impone esta restricción a las medidas que se toman en contexto de emergencia. Además, según la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019) cuando existen circunstancias excepcionales está permitido la restricción a los derechos, “Pero incluso durante estas situaciones, se autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, únicamente en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación (...)”. En el mismo orden de ideas el constitucionalista Lucas Oller (2020)sostiene que, si bien en nombre del orden público los derechos pueden ser restringidos, no pueden ser anulados, “sino solo limitados en forma razonable y por un tiempo determinado”.

Ahora bien, sin controles judiciales, los bloqueos absolutos se han mantenido desde marzo por varios meses. El levantamiento de las barricadas y montículos de tierra que cortaban las rutas se dio más bien por las continuas protestas de la sociedad civil, por el cansancio de las fuerzas policiales y por la disminución del miedo al virus que por la caducidad temporal de la medida. Está más que claro es que, en el momento que tenían vigencia, no se había determinado hasta cuando ellas podían seguir. La mera ausencia de un límite temporal que detenga el empleo de la medida hace que ella sea inconstitucional.

VIII) Conclusiones y reflexiones

A lo largo de este trabajo nuestra pregunta inicial de si es o no constitcucional que los gobernadores restringan el acceso a sus provincias encontró más de una respuesta. Al principio, vimos que el instrumento elegido para hacer del vehículo de la norma era el

indicado, ya que la pandemia ocasionaba un contexto de incertidumbre y peligrosidad que cuadraba con las exigencias del artículo 99 inciso 3 de la CN. Luego vimos una serie de fallos en los que la Corte mostró distintas posiciones sobre el avance del Estado sobre derechos constitucionales en contexto de emergencia. En aquella sección vimos posiciones encontradas, una deferente que otorgaba mayores libertades y otra más bien restrictiva que advertía la importancia de mantener un equilibrio de derechos aún en situaciones extraordinarias. Más adelante repasamos una serie de casos que ilustraban de qué forma algunos derechos fueron lesionados e inmediatamente pasamos a analizarlos en profundidad. Allí destacamos dos derechos vulnerados, el de circular libremente y el de comerciar. Luego concluimos que las provincias se extralimitaban de sus capacidades al emitir normas que contradecían un decreto nacional y finalmente vimos que la norma no respetaba los requisitos del test de razonabilidad.

Es imposible determinar con tan solo uno de estos elementos si la medida de los gobernadores fue o no constitucional. Sí, hemos visto que existen algunos argumentos posibles en defensa de los bloqueos. Pero ellos parecen carecer de sustancia jurídica frente a la gravedad que implica poner en jaque el federalismo y a más de un derecho constitucional. El pretexto de que la emergencia habilita medidas severas es válido. Esta vez, a diferencia de tantas otras ocasiones, la causa de la compleja coyuntura no es responsabilidad de los políticos. La situación es grave, el mundo entero se enfrenta a una pandemia cuyas causas y efectos son altamente desconocidos. Es cierto que circunstancias extremas requieren medidas del mismo tenor.

Sin embargo, también es cierto que cuando la gravedad de la situación escala, a la par debe ir el escalamiento de los controles sobre las normas que pretenden corregir la emergencia. Esto así pues, la tentación del estado a sobrepasarse en sus capacidades en estas situaciones es alta, más cuando el poder encargado de controlarlo ha probado ser, históricamente, permisivo. La tensión entre las normas y los derechos constitucionales aumenta cuando nos encontramos dentro de un contexto de emergencia. Es peor en un caso como este, en el que parecería que a mayores restricciones a los derechos mayor es el éxito de la defensa contra el virus. Pero es por este motivo que queda en manos de la sociedad civil combatir sus agresivos avances.

Así lo ha hecho el padre de Solange y también el agricultor salteño, a pesar de las muchos desisentivos que existen a la hora de accionar contra el Estado. Allí, cuando las circunstancias exigen medidas extraordinarias, también es necesaria una extraordinaria actitud de los ciudadanos.

La posibilidad de enfrentar una nueva cepa del virus no es descabellada. De hecho, es posible, según indica la ciencia y la experiencia que día a día se va acumulando, que el enfrentamiento contra la pandemia perdure por mucho más tiempo. Es entonces de vital importancia poner bajo el escrutinio de nuestra CN las medidas que los estados toman en estas situaciones. Así lo hemos hecho en este trabajo con el bloqueo a las provincias y, lamentablemente, la conclusión no ha sido alentadora.

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

VIV) Bibliografía

Alfonso Santiago (h), E. V. (20 de 04 de 2020). *Austral.com.ar*. Obtenido de https://www.austral.edu.ar/contenido/2019/07/una-de-cada-cuatro-normas-

Antonio Hernández. (11 de 03 de 2021). Obtenido de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fbF6BK_Ti0kJ:https://www.lavoz.com.ar/opinion/cuando-pandemia-atenta-contra-federalismo-0+&cd=9&hl=es&ct=clnk&gl=ar

Avico, Oscar c/De la Pesa, Saúl, Fallo 1721:21 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1934).

Basail, J. (22 de 12 de 2020). *Infobae*. Obtenido de https://www.infobae.com/politica/2020/03/17/chaco-anuncio-el-cierre-de-sus-fronteras-y-la-cuarentena-obligatoria-para-toda-la-provincia/

Bodegas y Viñedos Rubino Hnos. SACIFA c/ Prov. de Mendoza, Fallos 315:2780 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1999).

Campos, B. (1995). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires.

Carró, A. (12 de 18 de 2020). *La Nación*. Obtenido de Obtenido de https://www.lanacion.com.ar/politica/vicentin-

Cassagne, J. C. (21 de 12 de 2020). Obtenido de http://www.laley.thomsonreuters.com/

Class Action En Argentina. (28 de 03 de 2021). Obtenido de https://classactionsargentina.com/2020/03/29/principios-preventivo-y-precautorio-en-la-tutela-colectiva-de-la-salud-frente-al-covid-19-promovieron-diversas-acciones-populares-contra-la-campana-del-gobierno-federal-brasil-no-puede-parar-y-lo/

Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán, Fallos: 150:150 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1927).

Desimoni, L. M. (2020 de 04 de 2020). *Inconstitucionalidad de las limitaciones sanitarias a personas de la tercera edad.* Buenos Aires: Editorial Albermatica.

Diario Judicial. (23 de 12 de 2020). Obtenido de https://www.diariojudicial.com/nota/87787

Domiguez, A. G. (12 de 02 de 2021). *Diario Judicial*. Obtenido de https://www.diariojudicial.com/nota/85960

Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta, Fallos: 310:508 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1922).

Estado Nacional c/ Arenera El Libertador SRL, Fallos 314:595 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1991).

Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Ibarlucía, E. (2020). Pandemia. *La Ley*, 1-5.

Kamada, L. (12 de 01 de 2021). *El Dail*. Obtenido de https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?buscar=luis%20kamada&id=13641&base=50&resaltar=kamada,luis,luisa

LANZIERI, SILVANO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS, Número: EXP 3045/2020-0 (JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 14 SECRETARÍA Nº 27 2020).

Leiva, Martín c/ Prov. de Entre Ríos, Fallos: 315:2013 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1992).

Linck, Ricardo s/ circular en día prohibido, Fallos 294:383 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1976).

Maqueda, J. E. (01 de 03 de 2021). *Clarín*. Obtenido de https://www.clarin.com/politica/coronavirus-corte-resolvera-conflicto-cordoba-san-luis-bloque-rutas-dispuesto-rodriguez-saa_0_UMx0qtF8K.html

Morán, J. M. (11 de 06 de 2020). *ElDial*. Obtenido de elDial.com - DC2B10

Mosquera, G. (2020). *¿Es urgente, necesaria y constitucional la prohibición de invalidar los despidos o las suspensiones por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo?¿Es posible prohibir la renuncia al empleo?* Buenos Aires: Editorial Albrematica.

Ochoa, C. (01 de 03 de 2021). *AgroVoz*. Obtenido de http://agrovoz.lavoz.com.ar/actualidad/cordoba-pide-a-corte-que-resuelva-bloqueo-de-rutas-en-san-luis

Oller, L. (2020). El aislamiento obligatorio, la actuación de las fuerzas de seguridad y las tensiones con los derechos y garantías constitucionales de los infractores. *Diario DPI*, 1-3.

Oller, L. (2021). El aislamiento obligatorio, la actuación de las fuerzas de seguridad y las tensiones con los derechos. *DiarioDPI*, 3.

Opinión Consultiva, (OC-1/82) (CIDH 2019).

Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional, Fallos: 313:1513 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1990).

Perotti, O. (22 de 02 de 2021). *Infobae*. Obtenido de https://www.infobae.com/politica/2020/03/17/chaco-anuncio-el-cierre-de-sus-fronteras-y-la-cuarentena-obligatoria-para-toda-la-provincia/

Perroud, D. (2020). *Habeas corpus colectivo del Chaco y las restricciones a la libertad en tiempos de pandemia.* Buenos Aires: Editorial Albermatica.

Piombo, H. (2020). *Restricciones municipales al libre movimiento en el contexto de la pandemia COVID-19.* Buenos Aires: El dial.

Proclamación de Teherán, 39/145. AG. 14/II/1984 (AGNU 1984).

Rivera, J. C. (24 de 05 de 2020). Las fronteras interiores: una nueva violación de la Constitución Nacional. *Rubinzal Culzoni*, págs. 1-4.

Saenz, G. (12 de 03 de 2021). *SaltaGob*. Obtenido de https://www.salta.gob.ar/prensa/noticias/insistiremos-para-bloquear-y-blindar-nuestras-fronteras-garantizando-la-salud-de-la-gente-dijo-saenz-70717

Tarricone, M. (03 de 08 de 2019). *Chequeado*. Obtenido de https://chequeado.com/el-explicador/los-dnu-de-macri-cuales-son-los-presidentes-que-mas-usaron-esta-herramienta/

Yeza, M. (21 de 2 de 2021). *Diario Judicial*. Obtenido de https://www.diariojudicial.com/nota/85960

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés