

FEDERALISMO Y SALUD PÚBLICA: FACULTADES CONCURRENTES EN EMERGENCIA¹

FEDERALISM AND PUBLIC HEALTH: CONCURRENT POWERS IN EMERGENCY

Por *María Gabriela Ábalos* (*)

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto esbozar algunas reflexiones en torno al funcionamiento federal y al ejercicio competencial en materia de salud pública en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. A ello se suma la interpretación jurisprudencial de la mano de señeras resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se agregan consideraciones sobre el funcionamiento del Congreso en clave republicana y sobre todo federal, cerrando con una propuesta de ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos.

Palabras clave: Federalismo – Facultades concurrentes – Salud pública - Emergencia

Abstract: The purpose of this work is to outline some proposals on the federal functioning and the exercise of competence in matters of public health, in the framework of the health emergency caused by Covid 19. In addition to that, we analyze the jurisprudential interpretation of the hand of outstanding resolutions of the Supreme Court of Justice of the Nation. Finally, some considerations are added about the functioning of the Congress in a republic and especially, a federal system, concluding with a proposal of law for an emergency agreement with minimal budgets.

Keywords: Federalism – Concurrent powers – Public Health - Emergency



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(5\)02](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(5)02)

¹ Artículo recibido el 18/10/2021 y aprobado para su publicación el 22/10/2021.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Especialista en Magistratura y Gestión Judicial (Universidad Nacional de Cuyo). Prof. Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (Facultades de Derecho, Universidades de Mendoza y de Cuyo). Jueza del Tribunal de Gestión Asociada en lo Tributario del Poder Judicial de Mendoza.

I. Introducción

Todo federalismo se caracteriza por la conformación de distintos órdenes de gobierno con sus respectivos ámbitos competenciales que articulan procesos socio político de gran variabilidad².

En el federalismo argentino, el principio que alumbra estas vinculaciones es el que parte de reconocer que el poder reservado a las provincias es más extenso que el delegado al gobierno nacional porque el primero es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el segundo es limitado y se compone en cierto modo de excepciones, pero ambos órdenes de gobierno deben desempeñar sus atribuciones armónicamente, cuidando de no entorpecer la acción exclusiva de cada uno³.

En este sentido la reforma de 1994 introduce como principio inspirador la máxima de fortalecer el federalismo, en cuyo cumplimiento, entre otras medidas, amplía la participación de las provincias a través del ejercicio de facultades concurrentes y compartidas⁴. En relación con ello, cabe esbozar algunas

² Existen tantos federalismos como estados federales dada la diversidad de orígenes y la compleja trama de estos fenómenos socio-políticos, como bien enseña FRIEDRICH, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 207. También ver BOWIE, Robert R. y FRIEDRICH, Carl, *Estudios sobre federalismo*, Editorial Bibliografía Argentina, Bs.As., 1958; LA PERGOLA, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2012; entre otros.

³ Así ha interpretado la Corte Suprema “...que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos: 304:1186 y 312:1437). Resulta de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva armónicamente, cuidándose una de no entorpecer la acción exclusiva de la otra y viceversa” (CSJN. Molinos Río de la Plata Fallos 332:66).

⁴ Ver entre otros a CASTORINA de TARQUINI, María Celia, “El Federalismo”, en PEREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Derecho Público Provincial y Municipal*, 2º Ed. Actualizada, tomo I, La Ley, Bs.As., 2003, p. 111 y ss. De la misma autora, *Federalismo e Integración*, Ed. Ediar, Bs.As., 1997; “El régimen federal y la reforma constitucional”, en: PEREZ GUILHOU, Dardo y SEISDEDOS, Felipe, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. II, Dist. Ed. Depalma,

reflexiones en torno al funcionamiento federal y al ejercicio competencial en materia de salud pública en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, sumándole la interpretación jurisprudencial de la mano de señeras resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se suman consideraciones sobre el funcionamiento del Congreso en clave republicana y sobre todo federal, cerrando con una propuesta de ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos.

II. Federalismo y facultades en materia de salud pública

A. En el origen de la organización política argentina, como bien advertía Alberdi, el problema más difícil consistía en determinar cuál sería la base más conveniente para el arreglo de su gobierno central, si la forma unitaria o la federativa, ya que, las dos tenían antecedentes tradicionales en la vida del país⁵. Ello se ve reflejado en la consagración de un federalismo en el texto constitucional de 1853 que buscó conciliar y superar los diversos intereses nacionales y provinciales, y así, el conjunto de factores que tendían a la unidad y a la diversidad confluyen en una fórmula mixta, la conocida fórmula alberdiana de la Unidad-federativa o Federación-unitaria. Luego va mutando en 1860 con un aumento de notas federales, pasando por las prácticas de concertación de

Mendoza, 1995, pp. 337 y ss.; HERNANDEZ, Antonio M., *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2009; del mismo autor: *Estudios de Federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018; BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As, 1996; BERNAL, Marcelo (Dir.), *Un federalismo en pausa. Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina*, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020; etc.

⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Ed. Francisco Cruz, Bs.As., 1914, cap. XVII, p. 102. Afirma Pérez Guillhou que la fórmula mixta no es novedad en las *Bases* porque ya la había planteado cuando la redacción de *Las palabras simbólicas* (PEREZ GUILHOU, Dardo, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853. Tradición y modernidad*, 2º Ed. Corregida y ampliada, Ediunc, Mendoza, 2003, p. 119).

mediados del siglo XX, más la altamente consensuada reforma de 1994, y su configuración posterior en la práctica institucional con importantes avances y retrocesos⁶.

Los protagonistas principales de este federalismo en el texto de 1853/60 son el Estado nacional y las catorce provincias históricas, a las que luego se le van sumando las nuevas paulatinamente creadas, quedando relegados los municipios a merced del poder constituyente provincial. Este esquema se modifica sustancialmente con la reforma de 1994 y el rol conferido a la Ciudad de Buenos Aires a través de su estatus autónomo configurado principalmente en el art. 129, dándole así un papel activo como sujeto con participación directa en la relación federal⁷. Mientras que, a través del art.123 se reconoce la autonomía municipal pero no se modifica sustancialmente su inserción en la relación federal, son sujetos “en” la relación federal pero no “de” la relación federal porque son parte de ésta a través de la provincia en cuyo seno existen⁸.

B. Puntualmente en relación con las competencias en materia de salud pública, la interpretación jurisprudencial desde antaño reconoció como propio de la legislación local el ejercicio del poder de policía en materia de salubridad,

⁶ Ver entre otros a PALAZZO, Eugenio L., “El federalismo en el origen, consolidación, desarrollo y superación del constitucionalismo”, *Prudentia Iuris*, n° 70, p. 51; ABALOS, María Gabriela, “La descentralización y el federalismo argentino luego de la reforma de 1994”, en: *Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVIII–nro.189, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, octubre 2002/marzo 2003, pp. 126-132; “Semblanza del federalismo argentino”, en el Primer Seminario Internacional de Cooperación Judicial Argentino – Chilena; Libro de ponencias. Imprenta Oficial del Poder Judicial de Mendoza, octubre de 2013, pp. 76-86, etc.

⁷ Entre otros ver ABALOS, María Gabriela, “La ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿un nuevo sujeto del federalismo?”, en: *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. La Ley, Bs.As., 2001, pp. 3-21; “Ciudad de Buenos Aires: aspectos institucionales y jurisprudenciales actuales”, en PALACIO DE CAEIRO, Silvia (Dir.), *Competencia Federal*, Ed. La Ley, Bs.As., noviembre 2012, pp. 1097-1138; “La Ciudad de Buenos Aires y el federalismo argentino: el desafío de las relaciones institucionales”, *ED. Suplemento de Derecho Constitucional*, 18 de julio de 2014.

⁸ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación, ob.cit.*, p. 246. También Frías, antes de la reforma de 1994, entendía que los municipios no podían ser incluidos entre las fuerzas autónomas convergentes de nuestro federalismo, sin perjuicio de tenerlos presentes por su significación política y los servicios que prestan. (FRIAS, Pedro José, *Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, Bs. As., 1987; p. 23).

moralidad y seguridad. Desde los conocidos casos de “Plaza de Toros” en 1869⁹ y “Saladeristas de Barracas” de 1887¹⁰, se convalida dicho poder en la esfera provincial atento a ser facultad no delegada al Gobierno Nacional. Sin embargo se impone la coordinación entre los sujetos del federalismo ya que el Estado Nacional ejerce las competencias sustantivas en el diagrama de las políticas públicas en materia de salud¹¹.

Después de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud resulta expresamente reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que incorpora el inc. 22 del art. 75 CN, a lo que las provincias, con anterioridad, ya le habían dado cabida en sus textos constitucionales como en Córdoba, Buenos Aires, Santa Fe, Jujuy, Entre Ríos, entre otros.

De esta forma, tanto el Estado Federal como las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ven obligados al cumplimiento de los deberes emergentes de los tratados de derechos humanos que amparan el derecho a la salud, junto a las cláusulas constitucionales provinciales que también lo contemplan. Así se impone el ejercicio coordinado de atribuciones donde la Nación aporte el piso de igualdad respetando las potestades locales. Se trata del establecimiento del piso mínimo de protección que en materia de salud lo brinda la legislación nacional de manera específica, y los demás órdenes, la complementariedad para mejorar y abundar la plena realización del derecho en cuestión¹².

⁹ CSJN “Empresa Plaza de Toros c/ Prov. de Buenos Aires”, 1869, fallos 7:150. “(...) *La policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 CN a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio*”.

¹⁰ CSJN. “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros contra Provincia de Buenos Aires”; 14 de mayo de 1887, Fallos 51: 274.

¹¹ URREJOLA, Gastón, “El derecho a la salud en el federalismo argentino: breves consideraciones”; *Suplemento de Derecho Constitucional*, ED. Abril 2020, no. 2, 27 de abril de 2020.

¹² Se ha dicho que el Consejo Federal de Salud (COFESA) y el Consejo Federal de Legislación

C. En la interpretación jurisprudencial de la distribución de competencias y del ejercicio de las facultades concurrentes, la Corte Suprema de Justicia cumple un rol muy importante construyendo principios hermenéuticos de gran valor, como los siguientes:

1. los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, mientras que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos¹³, por ello, los poderes conferidos a la Nación deben interpretarse de forma tal que no invalidan, anulen ni excluyan a las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁴.

2. se impone la interpretación restrictiva para las potestades puestas en cabeza de la Nación, excepto en los casos en que, en términos explícitos, la Constitución le concede al Congreso nacional un poder exclusivo, o se ha prohibido expresamente a las provincias, o cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por éstas últimas ¹⁵.

Sanitaria (COFELESA) se presentan como una plataforma básica sobre la que desarrollar una estrategia global y sistémica en el complejo “mapa” jurisdiccional e institucional del Sector en nuestro país, lo que permitiría el ejercicio de los Roles de Rectoría y de Garante del Estado Nacional. Así lo afirman entre otros, BONPLAND, Viviana y BOZZOLO, Alberto; “Federalismo sanitario en la reforma constitucional de 1994”, recuperado de: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/07/Salud-Doctrina-2015-07-13.pdf>.

¹³ CSJN. 4 de mayo de 2021 “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”. Del voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 16. Se cita a “Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa “Blanco” de 1864 (fallos: 1:170), entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión S.A.”, Fallos: 329:976. (Considerando 16).

¹⁴ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 16. También el magistrado Lorenzetti en esta misma causa señala la defensa de los poderes originarios e indefinidos de las provincias y los de la Nación como definidos y expresos, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones. De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros). Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 289:238; 320:89, 619; 322:2331 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y 342:1061)”. (Considerando 9).

¹⁵ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 16. Se cita el prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de

3. la supremacía del derecho federal en los términos de los arts. 5 y 31 está condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, respetando la distribución de competencias¹⁶.

4. el desborde competencial tanto en el ejercicio de la autoridad local como nacional genera inconstitucionalidad ascendente y descendente¹⁷.

5. se exige la debida justificación competencial como un imprescindible recaudo de validez de una norma nacional¹⁸.

6. el gobierno nacional no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo¹⁹.

7. cuando una norma nacional pueda afectar el ejercicio de idéntica competencia de otro orden de gobierno, la motivación debe ser adecuada y se debe explicitar la proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, que debe hallarse en necesaria correspondencia con la de las normas competenciales invocadas por el órgano emisor²⁰.

la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, p. 17 y 19). También se reitera en el caso del 30 de junio de 2021 “Farmacity S.A. contra Fisco de la provincia de Buenos Aires y otro s/pretensión anulatoria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, voto de los magistrados Highon de Nolasco y Lorenzetti, Considerando 13.

¹⁶ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 17. El magistrado Rosenkrantz en esta causa recuerda precedentes por los cuales se ha sostenido que no todas las leyes dictadas por el Congreso son supremas respecto a las provincias, sino solamente las que han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Poder Legislativo expresa o implícitamente (Considerando 12, se cita Fallos 239:343 CSJN. “Giménez Vargas Hnos.Soc. Com. e Ind. Contra Provincia de Mendoza”; 1957).

¹⁷ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 17.

¹⁸ Agrega “Así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese imprescindible recaudo de validez que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una atribución normativa y previa a su accionar”. (CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Maqueda y Rosatti. Considerando 18).

¹⁹ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Rosenkrantz. Cita Fallos: 341:1148 (Considerando 12).

²⁰ Se afirma que para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado debe contar con debida justificación que lo respalde en relación con las

8. las competencias concurrentes aluden a la regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio²¹, lo que permite coexistencia legislativa manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales.

9. este ejercicio competencial concurrente habilita al gobierno federal a intentar coordinar a las autoridades locales, pero ello no implica que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires renuncien a facultades constitucionales propias e indelegables²².

10. las facultades concurrentes deben interpretarse de forma tal que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes de gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa²³.

D. Mención especial merece el ejercicio de facultades por parte de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Nación en materia de salud pública²⁴, sobre todo en el contexto de la emergencia generada por el

medidas concretas adoptadas con ese objetivo. (Considerando 19).

²¹ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Rosenkrantz. Considerando 12. Cita como precedente Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte. También cita Fallos 239:343.

²² CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Voto de Rosenkrantz (Considerando 14). También en el voto de Lorenzetti (Considerando 10 y 17), se señala que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen en un sistema federal que admite poderes concurrentes con el Estado nacional, donde las provincias y la nación debe ejercerlos de manera coordinada.

²³ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno ...”, fallo citado. Del voto de Lorenzetti (Considerando 11). Se cita el fallo “COVIMET S.A. (TF 19404-I) c/ DGI s/”, del 6/08/2011, Fallos 334: 891.

²⁴ El magistrado Lorenzetti en el causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ...”, del 4 de mayo de 2021, ya citado, refiere que el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que deber ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional. Afirma que “La tutela de este derecho es, por lo tanto, una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5 y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 de los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CS1 “Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, sentencia del 15

COVID-19. De la interpretación jurisprudencial se extrae:

1. la regulación de la salud se reconoció a las provincias en ejercicio de su poder de policía desde “Plaza de Toros” (1869) y “Saladeristas” (1887) hasta “Nobleza Piccardo”²⁵ y también a la Ciudad de Buenos Aires con su autonomía plena²⁶.

2. el Estado Nacional ostenta atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud (art. 75 inc. 18) y se amplía en relación con el desarrollo humano (art. 75 inc.19), fruto de la reforma de 1994²⁷.

3. el inc. 18 del art. 75 habilita facultades concurrentes en materia sanitaria, el hecho que exista una norma nacional que regule aspectos sanitarios

de mayo de 2007). (Considerando 4). Agrega que garantizar el derecho a la salud con acciones positivas es un deber impostergradable que tiene la autoridad pública tanto nacional como de las jurisdicciones locales.

²⁵ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado. Del voto de Maqueda y Rosatti. Así expresaron “Ya en los primigenios precedentes “Plaza de Toros” (Fallos: 7:150) y “Saladeristas” (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía para “proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias”, como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que “por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad”. Más recientemente, en el caso “Nobleza Piccardo” (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaró la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco”. (Considerando 15). También en el Considerando 7 del voto de Rosenkrantz.

²⁶ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado. Del voto de Maqueda y Rosatti Afirman que “... tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden asimismo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de “ciudad constitucional federada” (“Bazán” Fallos: 342:509), en los términos del considerando 9”. (Considerando 15). También en el Considerando 7 del voto de Rosenkrantz.

²⁷ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado. Del voto de Maqueda y Rosatti. Importantes consideraciones en torno a que “A la par de la existencia de estas competencias legislativas locales —y sin perjuicio de ellas— la jurisprudencia de esta Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la “prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” (anterior art. 67 inc. 16, actual art. 75 inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al “desarrollo humano” (art. 75 inc. 19)”. Se cita casos donde se ha convalidado “... el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en “Belcastro” y en “Diócesis de San Martín” (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en “Leiva” (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en “Boto” (Fallos: 320:786), entre otras”. (Considerando 15). También se reitera en el caso del 30 de junio de 2021 “Farmacity S.A. contra Fisco de la provincia de Buenos Aires y otro s/pretensión anulatoria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto²⁸.

4. en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las provincias y deben ser interpretadas de modo que se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse²⁹.

III. Federalismo y competencias concurrentes en emergencia

A. La irrupción de la pandemia de COVID-19 fuerza el reconocimiento y declaración de emergencia cuyas consecuencias se materializan en el acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación y mayor restricción en el ejercicio normal de los derechos. Este estado de emergencia que amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal tiene, sin embargo, que ajustarse a presupuestos constitucionales ineludibles como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la temporalidad y por supuesto el principio de legalidad.

²⁸ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado. Del voto de Rosenkrantz. Con claridad se indica que “Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75 inc. 18 de la Constitución (Fallos: 315:1013; entre otros), estas “no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito” (Fallos: 331:2135, considerando 8° y sus citas). Y el hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto”. (Considerando 12).

²⁹ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado. Del voto de Lorenzetti. Considerando 11. Cita “Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 “Telefónica Móviles Argentina S.A – Telefónica Argentina S.A”, voto de los jueces Maqueda y Rosatti; “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento”, CSJ 577/2007 (47-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

En el texto constitucional de 1853/60, las situaciones de emergencia previstas a partir del estado de sitio y de la intervención federal dan participación al Congreso y al Poder Ejecutivo, en la adopción de estas herramientas de excepción, bajo el control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial. La reforma de 1994, con la incorporación de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3) y de los decretos delegados (art. 76) permite al Ejecutivo el ejercicio de facultades legislativas en casos excepcionales en el primero, y de emergencia pública, en el segundo, con mecanismos de control en manos del Congreso con la intervención de la Comisión Bicameral Permanente que no han sido demasiado eficaces³⁰. En esos casos, el control sobre el cumplimiento de los requisitos impuestos debe ser estricto y de interpretación restrictiva, toda vez que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a las exigencias formales en cuestión. Asimismo, corresponde ser todavía más estrictos en el control cuando se reglamenten, limiten o suspenden transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas³¹.

A ello se suma desde la conformación del estado federal, la necesaria participación de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la toma de decisiones de emergencia a través del pleno funcionamiento del Congreso, como asimismo, el indispensable respeto a la distribución de

30 Así lo demuestran SANTIAGO, Alfonso, VERAMENDI, Enrique y CASTRO VIDELA, Santiago, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ed. La Ley; Bs.As.; 2019. También de SANTIAGO, Alfonso y CASTRO VIDELA, Santiago M., “La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994”, *Sup. Const.* 2014 (octubre), LL.2014-E; SANTIAGO, Alfonso, VERAMENDI, Enrique, CASTRO VIDELA, Santiago y DACUNTI, Patricioi, “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación”; *LL.* 14/03/2019, p. 1; WERNER, Alexis M.; “Cuando la emergencia sanitaria es verdaderamente un estado de “necesidad y urgencia”: ¿respetan las pautas constitucionales los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 274/2020 y 297/2020?”, *La Ley Sup. Const.* 2020 (abril), 07/04/2020, p. 1, entre otros.

31 PEREZ HUALDE, Alejandro, “¡La emergencia de la emergencia! Al rescate del Defensor del Pueblo y de la Comisión Bicameral Permanente”, *ED. Constitucional*, Febrero 2020; HERNANDEZ, Antonio M., *Emergencia, orden constitucional y COVID-19*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

competencias entre los sujetos que conforman dicho estado, preservando el ejercicio concurrente en base a los principios de subsidiariedad, solidaridad y lealtad federal³².

En lo referido a la limitación de los derechos, la configuración y alcance del poder de policía en general y en materia sanitaria en particular, exige el ejercicio concurrente, la cogestión que alcanza a los cuatro órdenes de gobierno, donde tanto la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como los municipios que a partir del inc. 30 del art. 75 de la CN. se suman en el ejercicio coordinado y armónico³³.

B. En relación con la emergencia y la limitación de derechos, como asimismo en torno al ejercicio de facultades concurrentes que involucra a los sujetos del federalismo, la interpretación judicial de la mano de la resolución en el conflicto suscitado por la suspensión de las clases presenciales entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional³⁴, ofrece las siguientes precisiones:

1. la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente³⁵.
2. la emergencia está sujeta al derecho, es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera

³² En este sentido la concurrencia deviene de la materia sobre la que recae la actividad estatal, teniendo en cuenta la identidad de fines entre el Gobierno central y los gobiernos locales involucrando en muchos casos a la ciudad de Buenos Aires y a los municipios, y significa que cada gobierno reglamenta en “su orden” respectivo las actividades referidas por la Constitución, y que confluyen dirigidos por un fin de bien superior. Así las facultades concurrentes suponen materias respecto de las cuales se autoriza la *cogestión* de los órdenes de gobierno, como son la salud, los recursos naturales, la educación, el desarrollo humano, la cultura, etc., cuyo contenido linda con el desarrollo económico – social. Ver entre otros a ABALOS, María Gabriela, “Las provincias y sus relaciones con la Nación y los municipios en el federalismo argentino”, en: *Aspectos jurídicos e institucionales del Federalismo Argentino*, dirigido por HERNANDEZ, Antonio M., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Colección Federalismo v. III. Ed. Advocatus; abril de 2011, pp. 211 y ss.

³³ Como ya se analizó en relación con el fallo citado del 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”. Además se ha puntualizado con acierto que en numerosos casos durante el siglo XX se expropiaron materias subnacionales al amparo de la teoría de los poderes implícitos del Estado federal (MARCHIARO, Enrique J., “Derecho municipal y pandemia. Los municipios pueden regular de más en tanto no interfieran en el interés nacional”, en: *LL. 25/05/2020*, 13).

³⁴ CSJN. 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ...”, fallo citado.

³⁵ Del voto de Rosenkrantz. Considerando 5.

representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible³⁶.

3. la emergencia no crea poderes nuevos³⁷.

4. la emergencia no libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución³⁸.

5. la emergencia no justifica el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias entre la nación y las provincias³⁹.

6. la legislación de emergencia merece un juzgamiento estricto (“Massa”⁴⁰, “Maggi”⁴¹ y “Lee”⁴²).

³⁶ Del voto de Rosenkrantz. Considerando 5.

³⁷ Del voto de Rosenkrantz. Se cita lo resuelto en “Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses “Wilson v. New”, 243 U.S. 332, y “Home & Loan Building Ass’n v. Blaisdell”, 290 U.S. 398”. Y agrega que “Tiene dicho este Tribunal que “[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder” (“Antinori”, Fallos: 321:2288). (Considerando 5)

³⁸ Del voto de Rosenkrantz. Recuerda que ‘La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]’ (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 50). (Cena, Juan Manuel c/ Provincia de Santa Fe”; 18/11/1999, Fallos 322:2817). Considerando 5).

³⁹ Del voto de Rosenkrantz. Cita el voto de Petracchi donde dijo que “... la invocación de la emergencia *“tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: ‘La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]’*” (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 50). (Cena, Juan Manuel c/ Provincia de Santa Fe”; 18/11/1999, Fallos 322:2817). Considerando 5).

⁴⁰ Del voto de Lorenzetti. CSJN. “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986” – 27/12/2006, Fallos 329:5913, voto del juez Lorenzetti considerando 30, allí expresó “... Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento... Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”.

⁴¹ CSJN. “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, 10/09/2020; Fallos: 343:930. (Considerando 5).

7. las medidas limitativas de los derechos deben ser acotadas temporalmente, legales, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales⁴³.

8. debe buscarse el criterio de menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida⁴⁴.

9. el principio de razonabilidad exige que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales⁴⁵.

10. Las medidas que establecen restricciones, tanto si se trata de una ley o de un decreto, cualquiera sea la autoridad que los emite, deben respetar el criterio de menor restricción posible ⁴⁶.

A modo de síntesis, en esta causa puntualmente, se afirma que cuando se desconoce la distribución de potestades en el diseño federal, aun cuando se instrumente mediante ley formal del Congreso, la tacha de constitucionalidad se mantiene incólume⁴⁷, porque usurpar funciones que corresponden a los gobiernos locales supone subvertir el carácter representativo del sistema pues se

⁴² CSJN. “Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo colectivo”, 19/11/2020; Fallos: 343:1704.

⁴³ Del voto de Lorenzetti. Agrega que deben ser acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos, tal como lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de abril de 2020 en la declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos”.

⁴⁴ Parte de reconocer que “... quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación). (Considerando 6).

⁴⁵ Cita fallos 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480). (Considerando 5).

⁴⁶ Del voto de Lorenzetti (Considerando 7).

⁴⁷ Del voto de Maqueda y Rosatti. Así señalan que “En definitiva, lo decidido por el Tribunal en torno a que el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2 del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, torna innecesario ponderar la validez constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia)”. (Considerando 25). Por su parte, del voto de Lorenzetti los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite (Considerando 7).

disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas⁴⁸.

IV. Propuesta: ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos

La emergencia generada por la pandemia del COVID-19 supuso inicialmente la necesaria celeridad en la toma de decisiones y en su ejecución, lo cual se concretó a través del accionar del ejecutivo con las críticas señaladas⁴⁹. Sin embargo, con el correr de los meses y el pleno funcionamiento del Congreso mediante sesiones virtuales a partir del 13 de mayo de 2020, debe ser este órgano el que disponga las medidas necesarias para afrontar la situación imperante. Se impone su funcionamiento continuo, en sesiones permanentes como garante de la división de poderes y de la participación provincial en la toma de decisiones en emergencia, respetando el principio de legalidad en materia de restricciones de derechos.

El accionar del Congreso es clave entonces para garantizar la toma de decisiones donde las provincias y la Ciudad de Buenos Aires tengan presencia efectiva. Además es fundamental para limitar la hiperactividad ejecutiva no solamente fulminando el ejercicio de facultades legislativas por vía decretos de necesidad y urgencia, sino también impidiendo tal accionar por medio de resoluciones administrativas del Jefe de Gabinete. A su vez, el funcionamiento permanente y efectivo del Congreso también implica por un lado, la innecesidad de recurrir a la delegación legislativa como también, por otro

⁴⁸ Del voto de Rosenkrantz. Considerando 18.

⁴⁹ Ver de ABALOS, María Gabriela, “Poderes públicos y emergencia: diagnóstico y propuestas”, en: *Suplemento de Derecho Constitucional*, ED., Junio de 2020 y en: Revista Digital “Constitución y emergencia sanitaria”, n° IV, 19 de junio de 2020, Asociación Argentina de Derecho Constitucional; <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-iv/>; también “La federación unitaria en tiempos de emergencia”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, edición especial COVID- 19, julio – agosto 2020, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, pp. 3-12.

lado, un importante freno a las respuestas atomizadas y sin coordinación que pretendieran dar los miembros de la federación.

En este marco, sesionando diariamente, se propone el debate y aprobación de una ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos acordadas por todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Implicaría buscar los acuerdos interjurisdiccionales posibles para estructurar el bloque de emergencia nacional para todo el territorio, reservándose los gobiernos locales el dictado de sus propias disposiciones legislativas en la medida que complementen y no contradigan a las nacionales.

Esta ley convenio de emergencia, con un tiempo limitado expresamente previsto, permitiría a cada provincia, dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brindar las respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma. Sería la instrumentación de un federalismo de concertación y de diálogo promoviendo el fortalecimiento de las relaciones interjurisdiccionales como también la asunción responsable de las atribuciones propias de cada orden de gobierno. Además implicaría la concreción del principio de subsidiariedad, que daría prioridad a las iniciativas locales dentro de sus respectivas esferas competenciales, circunscribiendo la intervención nacional en las cuestiones que deben ser atendidas y resueltas desde ese ámbito.

El tratamiento federal de la emergencia exige una ley del Congreso que respete el margen de apreciación local⁵⁰, poniendo en manos de las provincias junto a sus municipios, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de sus legislaturas sesionando diariamente, y con el brazo ejecutor de sus ejecutivos, las decisiones particulares respecto de permitir o limitar el ejercicio de derechos,

⁵⁰ Ya visto en la interpretación jurisprudencial y también en la doctrina entre otros, ROSATTI, Emilio, "La emergencia y el margen de apreciación -nacional y local-", en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital*, destinado al tema "Constitución y Emergencia Sanitaria" (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>), (9 de mayo de 2020); SAGÜES, Néstor P., "La tutoría normativa del estado federal sobre las provincias argentina. Su desborde conceptual, reencuadre y el margen de apreciación provincial", en: *ED* 289, 15 de septiembre de 2020; ABALOS, María Gabriela, "El desarrollo humano y el margen de apreciación local en el derecho público argentino", en: *ED Constitucional*, 2017, 20 de octubre de 2017.

libertades, actividades, etc., en la medida que la salud pública lo exija, según la realidad de cada distrito con razonabilidad y proporcionalidad. Todo ello, bajo el control final del poder judicial en su rol de garante de derechos y libertades constitucionales y convencionales.

Como corolario, la república y el federalismo exigen el máximo respeto del marco competencial entre los órdenes de gobierno, tanto como de la división de poderes, que garanticen la menor restricción posible de derechos y libertades, en la excepcionalidad que la emergencia sanitaria impone.