

Análisis del DNU 313/2020 a la luz de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional.

Por Dr. Diego Cristó*

Este trabajo pretende hacer un análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 313/ 20 que este 27 de marzo publicó el Boletín Oficial¹, ello en el marco de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a fin de preservar la salud pública de los habitantes del suelo argentino y hacer frente al Coronavirus COVID- 19 declarada pandemia mundial por la Organización Mundial de la Salud el miércoles 11 marzo del corriente año.

Este decreto de necesidad y urgencia amplía los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso dispuesta por el Decreto N° 274 del 16 de marzo de 2020, a partir de la entrada en vigencia del presente, a las personas residentes en el país y a los argentinos y las argentinas con residencia en el exterior. Asimismo, agrega que esta ampliación estará vigente hasta el 31 de marzo, inclusive, del corriente año y que dicho plazo podrá ser ampliado o abreviado por el Ministerio del Interior, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, conforme a la evolución de la situación epidemiológica.

Establece que quedan exceptuados de la prohibición de ingreso al territorio nacional prevista en el artículo precedente, y de cumplir con el aislamiento obligatorio que correspondiere en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto N°260/20 las personas que estén afectadas al traslado de mercaderías por operaciones de comercio internacional de transporte de cargas de mercaderías, por medios aéreos, terrestres, marítimos, fluviales y lacustres; los

¹* Abogado, Mediador, Profesor en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal - Universidad Nacional de La Matanza, Especializando Derecho Administrativo en la Universidad Católica de La Plata. DNU N° 313/2020 Publicado en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 2020.

REVISTA CIUDAD ESTADO

transportistas y tripulantes de buques y aeronaves; y las personas afectadas a la operación de vuelos y traslados sanitarios.

Asimismo, quedando exceptuadas las personas que, al momento de la entrada en vigencia, se encuentren en tránsito aéreo hacia la República Argentina con fecha de ingreso comprobada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del decreto.

“Sin perjuicio de lo expuesto, el eventual ingreso efectivo al país de cada persona o medio de transporte autorizado, estará supeditado al estricto cumplimiento de las recomendaciones y directivas de la autoridad sanitaria nacional.”

Se establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto adoptará, a través de las representaciones argentinas en el exterior, las medidas pertinentes a efectos de facilitar la atención de las necesidades básicas de los nacionales argentinos o residentes en el país que no pudieran ingresar al territorio nacional, en el marco de sus posibilidades y cooperando con el Estado en el que se encuentren, hasta tanto puedan retornar al país.

Actualmente la sociedad argentina se ve atravesada por la lucha contra esta pandemia y ello conlleva a preguntarnos si las medidas que establece el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 313 resultan *“imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y el riesgo sanitario que enfrenta el país”* a la luz de Constitución Nacional y de Tratados de Jerarquía Constitucional.

Algunas consideraciones previas

1.-El artículo 14 de la Constitución Nacional dispone que *“...Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio ... de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”*

REVISTA CIUDAD ESTADO

El derecho consagrado en este artículo puede considerarse equivalente de *“la llamada libertad de locomoción o circulación o movimiento, y como proyección de la libertad corporal o física.”*² Esa libertad apareja el desplazamiento y traslado del individuo, tanto como su residencia, radicación o domicilio en el lugar que elige.

2.-En consonancia con la norma constitucional, el Pacto de San José de Costa Rica expresa en su Art. 22 inc. 5° que *“...nadie puede ser expulsado del territorio del estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo...”*. Por su parte el Art. 27 inc. 1° dispone que *“...En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esa Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional...”*

Y en este punto es de especial consideración hacer la salvedad que se realiza en uno de los considerandos en relación a que *“...el inciso 2 del artículo 27 de la Convención citada prevé los derechos que no podrán ser suspendidos, no estando contemplados entre ellos los derechos de circulación y de residencia y, en consecuencia, su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la República Argentina se encuentra atravesando.”*

3.- La Declaración Universal de Derechos Humanos en el Artículo 13 inc. 2° dispone que *“...Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país...”*

4.-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa en el Art. 12 inc. 4° *“...Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su*

² Germán Bidart Campos. Manual de la Constitución Reformada. Tomo II. Editorial Ediar S.A. Buenos Aires. 1997.pág. 73.

REVISTA CIUDAD ESTADO

propio país...” Por su parte el Art. 4° dispone que “...1. *En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*2. *La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18...”*; y entre éstos últimos no se halla el derecho de entrar al país propio.

Las normas hasta aquí reseñadas fueron las que motivaron el decreto de necesidad y urgencia en análisis, debiendo reconfigurarse el derecho a ingresar que tiene todo habitante del suelo argentino frente a la amenaza esta pandemia que hoy en día es un flagelo a nivel mundial.

Pese a ello, el decreto tipifica de manera diferente los casos de excepción, establecidos por la Dirección Nacional de Migraciones, organismo descentralizado actuante en la órbita de la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior y el Ministerio de Transporte, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, ello con el fin de atender circunstancias de necesidad.

Análisis del “estado de emergencia” y razones que habilitan el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia

El Art. 99 inc. 3° de la CN establece la siguiente atribución al Presidente de la República: “...*Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*”

REVISTA CIUDAD ESTADO

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances.

*Estos decretos "...se dictan en circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el procedimiento normal de la sanción de las leyes y siempre que no verse sobre materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos..."*³

El caso que nos ocupa nos hace reflexionar sobre la facultad que posee el Poder Ejecutivo de dictar un decreto de necesidad y urgencia que limite el ingreso al territorio nacional a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera a partir de la entrada en vigencia del mismo a las personas residentes en el país y a los argentinos y las argentinas con residencia en el exterior.

³ Miriam Mabel Ivanega. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. Editora Forum. " La Constitución Nacional y su incidencia en la organización de la Administración Pública Nacional en la República Argentina". Pág. 167.

REVISTA CIUDAD ESTADO

Sabemos que existe un complejo entramado de poderes y potestades que conforman el régimen exorbitante de la Administración, pero también es indiscutible que el Estado reconoce garantías a favor de los particulares con la finalidad tuitiva de proteger los derechos individuales y colectivos frente a los intereses públicos perseguidos por el Estado. Es de subrayar que el Estado no puede tener discrecionalidad absoluta para poner en marcha los mecanismos de protección del bienestar general.

Si bien, la suspensión del derecho de ingresar al país a los residentes, hay que entenderla como una limitación excepcional y temporal, no puede soslayarse que ello solamente equivale a suspender el ejercicio ese derecho, no así del derecho en sí mismo. Por ello, queda siempre a salvo el contenido esencial mínimo que nunca puede ser suprimido, negado, alterado ni violado y ello es lo que ha pretendido la presente norma en análisis cuando dispone que *“...se podrán establecer excepciones con el fin de atender circunstancias de necesidad...”*.

Cabe agregar que los Tratados Internacionales sobre derechos humanos prevén sus posibles limitaciones siempre que las mismas queden encuadradas dentro del concepto de *“sociedad democrática”*.

Podemos citar como ejemplo en primer lugar el Pacto de San José de Costa Rica que en su Art.32 inc. 2° prevé que *“...los derechos están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática...”*.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 5 inc. 1° expresa que *“...Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él...”*

REVISTA CIUDAD ESTADO

Asimismo, es dable citar el comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA, del pasado 20 de marzo donde enuncia que *“...en tal sentido, la CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) reconocen que, frente a estados de emergencia, los Estados pueden adoptar restricciones temporales a los derechos humanos. A la luz de este contexto, estas medidas deben sujetarse a la estricta observancia de la finalidad de salud pública, estar acotadas temporalmente, tener objetivos definidos, además de ser estrictamente necesarias y proporcionales al fin perseguido...”*.⁴ Todo ello en miras del compromiso asumido para con el bienestar y salud de las personas y comunidades que hoy se ven gravemente afectadas por los impactos de la pandemia del Coronavirus declarada así por la Organización Mundial de la Salud permaneciendo siempre vigilante en el cumplimiento y garantía de los derechos humanos de todas las poblaciones del hemisferio.

Entonces resulta indispensable señalar que el decreto de necesidad y urgencia en análisis comporta una suerte de salvoconducto tendiente a evitar un mal mayor, está fundado en el necesario e inmediato resguardo de la salubridad de todos los habitantes del suelo argentino y su dictado obedece a circunstancias excepcionales y específicas en pos del resguardo de la salud pública.

Ello encuentra su basamento en el citado Art. 32 inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica, por ende, el Poder Ejecutivo en el caso que nos ocupa, al limitar los derechos, lo que no puede es *“...afectarlos de tal forma que los anule, por eso se exige el equilibrio en la interpretación de facultades y derechos de forma tal que las limitaciones se ciñan estrictamente a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos*

⁴Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N°060/ 20 del 20 de Marzo de 2020.

REVISTA CIUDAD ESTADO

*intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención...*⁵

Reflexión final

Sabemos que los principios de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin y no desviación de poder no pueden ceder por razones de emergencia.

En definitiva, el DNU N° 313 dispone de un razonable abanico de medios para proteger la salubridad pública, y el poder del estado es ejercido en orden a perseguir un fin tuitivo limitando otros derechos para hacer efectivos objetivos claros, concretos e indisponibles, buscando la solución más justa, equilibrada y proporcionada motivando su accionar por las circunstancias excepcionales que hoy se suscitan en nuestro país y que tornan imposibles los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.

También estimamos pertinente que una vez analizadas las situaciones particulares de cada caso y que ameriten ser suficientes, el Estado deberá dar cumplimiento conforme lo dispuesto en el decreto de necesidad y urgencia en estudio asistiendo a los argentinos y argentinas de nuestro país en forma inmediata y que se establezcan los mecanismos a fin de facilitar el retorno a la República Argentina, ello siempre a luz de los estándares de protección de los derechos humanos garantizando el derecho personalísimo a la salud.

Con una correcta intervención del Estado Nacional sería dable evaluar la razonabilidad de la intervención en cada caso concreto dando una respuesta apropiada e inmediata a fin que nuestros compatriotas no se vean

⁵Miriam Mabel Ivanega. Círculo de Derecho Administrativo. Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. Pág. 113.

REVISTA CIUDAD ESTADO



desprotegidos frente a esta pandemia de alcance global, y que cuanto antes se pueda restablecer su regreso a nuestro país.