

Reflexiones sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia de la Pandemia: fundamentos jurídicos. El valor de los indicadores y parámetros

POR **SUSANA PARÉS**(*)

Sumario: I. Planteo.- II. Decretos de Necesidad y Urgencia.- III. Breve historia de la normativa originada en la pandemia.- IV. Indicadores y parámetros.-V. Reflexión.- VI. ¿Conclusión? - VII. Bibliografía.

Resumen: la pandemia, en la República Argentina, significó la utilización de los decretos de necesidad y urgencia que restringieron derechos y libertades. El Poder Ejecutivo Nacional utilizó como fundamento de estos la ley 27.561, los indicadores y los parámetros, evidenciando la fragilidad del sistema.

Palabras claves: DNU - pandemia - indicadores - fragilidad

Reflections about the Emergency Executive Orders in Pandemic: legal fundamentals. The value of indicators and parameters

Abstract: during the COVID-19 pandemic in Argentina, many Decrees of Necessity and Urgency were issued, and they limited people's rights and freedom. The President based this decrees in a law (27561), the indicators and the parameters, demonstrating the system's fragility.

Keywords: Necessity and Urgency Decrees - pandemic - indicators - legal fragility

I. Planteo

La pandemia de COVID-19 en la República Argentina ha generado el inicio de un período —aún en vigencia— donde se produjo una restricción de derechos de los habitantes, utilizando como herramienta jurídica los decretos de necesidad y urgencia.

(*) Maestra, diploma de Honor al Mérito. Carrera Docente por Concurso Público de Antecedentes y Oposición. Facultad de Derecho, (UNC). Formación docente: alumna adscripta en Administrativo 1974 a la fecha: Prof. Adjunta en Administrativo y Procesal Administrativo.

El hecho de referir a restricciones de derechos implica un claro llamado de atención, habida cuenta de que resulta inimaginable que ello adquiera carácter permanente, sin perjuicio de que, por los propios fundamentos de los decretos de necesidad y urgencia (en adelante, DNU) es preciso que cada uno de ellos proporcione cimientos sólidos y por tanto cada caso resulte debidamente justificado.

Así, los DNU se convirtieron en el modo jurídico de regulación de la vida de los habitantes de Argentina. Resulta indispensable, por lo señalado, analizar en profundidad su fundamentación —expuesta en el presente texto— y no dejar de señalar que, a lo largo de los años 2020 y 2021, estos instrumentos aluden a la posibilidad de ampliar o morigerar las limitaciones a derechos fundamentales. Esto se realiza, según lo dicen los DNU, por medio de los datos objetivos y rigurosos sobre el impacto que la pandemia ha ido teniendo en la población, desde distintos enfoques. La evaluación la realizan las autoridades públicas. Los datos, entre otros elementos, resultan de aquellos proporcionados por los indicadores de desempeño, en sus distintas modalidades.

La ONU —por intermedio de CEPAL, en el caso de América Latina— viene poniendo gran énfasis en el valor de los indicadores de desempeño y su utilización en la administración del Estado.

Teniendo presente ese requerimiento del organismo internacional respecto a esta mirada sobre la actividad del Estado, resulta válido examinar las consecuencias que generan las decisiones que se adoptan por parte las autoridades, ponderando, de modo científico, los datos que proporcionan los indicadores.

Estos instrumentos son de uso regular en la actividad privada visible (empresas y negocios). Se utilizan para distintos fines, entre los que se puede señalar planificar a futuro, verificar el cumplimiento de las metas y conocer los resultados obtenidos.

En lo que a la actividad estatal se refiere, resulta adecuado señalar que los indicadores de desempeño ostentan un gran valor, por cuanto sus datos posibilitan ordenar las metas (señalando los posibles caminos a seguir) y, posteriormente, evaluar si se llega a los resultados esperados. Estos indicadores aceptan distintas nominaciones de acuerdo con su objetivo: salud, administración, gestión, eficacia, eficiencia. Todo ello debe estar sustentado en información oficial rigurosa, para habilitar la formulación de políticas públicas, propiciar decisiones y luego, por el mismo sistema de indicadores, ponderar los resultados obtenidos y verificar el cumplimiento de las metas propuestas (1).

(1) En el caso de la pandemia de COVID-19, los datos son proporcionados tanto por los organismos estatales como por los privados, observando las instrucciones pertinentes de forma rigurosa.

Los indicadores interpelan a los estudiosos del derecho, ya que se plantea —en un futuro inmediato— el desafío de examinar, desde otra perspectiva, la responsabilidad de los funcionarios en el cumplimiento de sus funciones, los fundamentos de los actos administrativos, los reglamentos y —sin duda— los DNU.

La terminología requiere un ajustado examen, según lo que implica desde un punto de vista jurídico. Por ejemplo, la eficacia es una característica de un instituto fundamental, el acto administrativo, pero tiene otra perspectiva como indicador. La precisión se convierte, de esta manera, en un recaudo ineludible en el desarrollo de estos conceptos.

El trabajo multidisciplinario entre los profesionales de las ciencias sociales, jurídicas y económicas (así como de las estadísticas y la ingeniería, entre otras) alcanza, por la naturaleza de su impacto, una cooperación fundamental.

De lo dicho puede señalarse que, en el presente trabajo, se examinará la regulación de los DNU dictados durante la pandemia de COVID-19 desde dos perspectivas de fundamentación: la jurídica y la los de indicadores. Estos elementos proporcionan la legitimidad de cada DNU conforme a la motivación de cada decisión.

II. Decretos de Necesidad y Urgencia

La reforma de la Constitución Nacional, realizada en 1994, incorporó formalmente los decretos de necesidad y urgencia en el artículo 99 inciso 3, institucionalizándolos con un acotado y preciso alcance, tal como lo señala la doctrina constitucional (Hernández, 2009).

Al respecto, retomamos las palabras de Ragazzón (2018): “(...) se adopta, constitucionalmente, una nueva atribución legislativa para el Poder Ejecutivo, lo cual se traduce en la posibilidad de dictar (...) DNU, bajo las condiciones que el mismo artículo señala y luego podrá ser objeto de control por parte del Poder judicial frente al caso en concreto” (p. 18).

La razón de su incorporación al texto constitucional derivó de una praxis política de larga data en el país, en virtud de la cual, ante determinadas circunstancias, el Poder Ejecutivo dictaba normas que recibían distintas nominaciones, pero que resultaban claramente asuntos de competencia del Poder Legislativo.

En esa línea de pensamiento, Gelli (2018) sostiene que “en la República Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, los decretos de necesidad y urgencia proponían un sinnúmero de problemas constitucionales, el principal de ellos referido a la legitimidad de tales prácticas. Ello así, pues la norma expresa de

la Constitución no establecía esas atribuciones, aunque parte de la doctrina las entendió derivadas de facultades implícitas” (p. 483).

Posterior a la reforma constitucional, se dictó la ley 26.122, que regula el procedimiento de dictado de los DNU por el Poder Ejecutivo y de aprobación por parte del Poder Legislativo nacional.

El impacto de la sanción de la ley 26.122 es detallado por Santiago, Veramendi y Castro Videla (2019): “De todo lo anterior resulta que la Ley 26122 tiene una evidente relevancia no sólo para la configuración del sistema jurídico normativo, sino fundamentalmente para el diseño político-institucional vigente en nuestro país” (p. 40).

Más allá de esta categórica expresión y a la luz de lo acontecido a partir de la vigencia de la norma y con el transcurso del tiempo, “la sola sanción de la Ley 26122 (...) constituyó un avance respecto de la situación anterior, caracterizada por una flagrante omisión legislativa que se prolongó durante más de una década” (Santiago, Veramendi y Castro Videla, 2019, p. 46). Pero también —y de modo conclusivo— se señala que “la práctica institucional desde la sanción de la ley 26122 evidencia que el control efectuado tanto por la Comisión Bicameral Permanente como las propias Cámaras del Congreso, ha sido más bien lazo, permisivo y poco riguroso” (Santiago, Veramendi y Castro Videla, 2019, p. 46).

Se puede añadir a esos conceptos el riguroso examen que hace la Dra. Gelli sobre la ponderación —por parte del Poder Judicial— de la legitimidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia antes y después de la sanción de la reforma constitucional. Luego, la autora refiere a la regulación de la ley 26.122, brindando un calificado sustento doctrinario sobre la cuestión.

Dice Gelli (2018): “Una vez dictada la ley 26122, la Comisión Bicameral Permanente se reunió el 8 de noviembre de 2006 aprobando, en esa ocasión, tres Decretos de necesidad y urgencia y evidenciando un criterio amplio y no estricto en el examen de constitucionalidad de esas normas. Ese hábito se ha mantenido, inclusive por el procedimiento de convalidar un decreto por una sola de las Cámaras del Congreso” (p. 460).

En esa línea de pensamiento, se advierte —adelantando lo que se señalará a continuación— que la fragilidad de los DNU reconoce su origen antes de la reforma de la constitución, con la redacción del artículo 99 inciso 3 y aún con la ley 26.122.

III. Breve historia de la normativa originada en la pandemia

III.1. Año 2020

El Poder Ejecutivo nacional dictó, el 12 marzo de 2020, el DNU 260, con el que inicia la instauración del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) por la enfermedad COVID-19.

El fundamento normativo del primer DNU es la Ley 27541 (publicada el 23 de diciembre de 2019 y vigente hasta el 31 de diciembre de 2020), llamada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, que tiene como sustento una “emergencia económica”.

En diciembre de 2019 no se preveía una pandemia por COVID-19. Este punto resulta fundamental para solventar lo que se sostiene respecto a la falta de fundamentación jurídica adecuada de los DNU dictados durante la misma.

Esto adquiere relevancia porque la ley rigió hasta el 31 de diciembre de 2020 y los DNU han mantenido la referencia, especialmente a través del vocablo “ampliación”, lo que será objeto de un examen especial.

La ley 27.541, además, y no es una cuestión menor, tiene como fundamento *la deuda pública*, indicando como problemáticas derivadas de ella la “económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social”. Esto refiere a las consecuencias que se padecen ante una crisis económica, lo que implica que no es una norma de emergencia sanitaria vinculada al COVID-19.

Si se examina el texto, ello surge con meridiana claridad:

TÍTULO I

Declaración de Emergencia Pública

Artículo 1- Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Artículo 2- Establécense las siguientes bases de delegación:

a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía

productiva y con la mejora de **los indicadores sociales básicos** (2) (Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública).

En esa línea de pensamiento, el DNU 260/2020 inicial de la pandemia de COVID-19 dice “Emergencia Sanitaria: **Ampliase** (3) la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS)” (artículo 1).

Si se hace una exégesis del artículo, se advierte que el DNU refiere a una “ampliación” de la emergencia que fue declarada por la ley 27.541. Sin embargo, es necesario recordar que la génesis del dispositivo es una ley dictada para regir durante el año 2020, que pone el énfasis en la deuda pública.

No obstante, se entiende que, ante la situación que impactó la realidad mundial, el Poder Ejecutivo buscara sostén en la referida norma. De todos modos, pudo hacer esta manifestación por DNU y, en simultáneo, enviar un proyecto de ley que dispusiera la emergencia sanitaria fundada en la pandemia. Se recuerda que el Poder Legislativo, en el año 2020, sesionó con limitaciones, pero lo hizo. Incluso modificó artículos específicos de la ley 27.541. Esto se demuestra, con meridiana claridad, en las previsiones contenidas en la ley 27.562, que refiere a la producción de cítricos.

Así, el DNU 260/2020 adquirió la calidad de fundamento —a futuro— de todo el sistema de restricciones que el PEN dispuso en el marco generado por la pandemia de COVID-19 y, corresponde resaltar, está aún vigente.

Es preciso reiterar que no se ha contado y no se cuenta con una ley específica sobre la emergencia sanitaria que esté fundada en la pandemia de COVID-19. No obstante esta omisión, se sigue invocando aún esta emergencia, por medio de la continuidad del DNU 260/2020 (4).

Sin duda, este es el itinerario jurídico que ha mantenido el PEN en la declaración del ASPO y su renovación a través del DNU referido *ut supra*.

(2) El resaltado pertenece al autor de este artículo.

(3) El resaltado pertenece al autor de este artículo.

(4) Sin perjuicio del examen que se realiza en el presente artículo sobre el intento realizado en el 2021 para obtener una ley de emergencia.

Ello implica que, hasta la fecha, se sustenta un sistema de restricciones sobre la base de los DNU que reconocen como soporte jurídico-constitucional a una ley anual que perdió su vigencia el 31 de diciembre de 2020 (5).

Durante el año 2020, se dictaron veinte DNU disponiendo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. En este cómputo no se incluyen aquellos referidos a las limitaciones de ingreso a los extranjeros, a los viajeros argentinos varados en el exterior, etcétera, lo que —sin duda— se traduce en un número mayor.

III.2. Año 2021

La revalidación, actualización y prórroga de vigencia de la llamada “emergencia sanitaria” se hizo, entonces, a través del DNU 167/2021, que dice lo siguiente: “Prórroga de la emergencia sanitaria: prorrogase el decreto N° 260/20 hasta el día 31 de diciembre de 2021, en los términos del presente decreto” (artículo 1).

Sin perder de vista los dos aspectos que se consideran relevantes (juridicidad e indicadores), se advierte que el año 2021 transcurre sin la vigencia de una ley formal de emergencia sanitaria y, además, exhibe situaciones relevantes que se refieren a continuación.

III.2.1. Proyecto de ley

En primer lugar, podemos detallar el fracaso de aprobación del proyecto de ley relacionado con los “parámetros epidemiológicos”. En efecto, el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso el proyecto de ley con fecha 10 de mayo de 2021, identificado con el mensaje número 48/21, expediente 34/21.

El proyecto es ingresado por la HCSN, que lo aprueba introduciendo modificaciones. Posteriormente, es remitido a la Cámara de Diputados, pero no alcanzó el recorrido procedimental para su aprobación.

En ese contexto, ya el PEN había dictado el DNU 287/2021 de fecha 30/4/2021 (B.O. 1/5/2021). Una mirada comparativa permite sostener que el DNU 287/21 —que precedió a la remisión del proyecto de ley— es una normativa que implica una réplica textual. Ello indica que el PEN tiene en claro que los DNU de la pandemia de COVID-19 son frágiles. No obstante, no ha promovido propuestas legislativas para subsanar esta grave situación institucional. Se reitera que, a la fecha de

(5) Es útil reiterar que, conforme el repaso de restricciones, estas rigen desde marzo de 2020 hasta diciembre de 2022.

redacción del presente (marzo de 2022), no existe una ley de emergencia sanitaria. Esto es inexplicable y reprochable.

Este derrotero demuestra que se debe haber advertido —más de un año después del primer DNU de la pandemia de COVID-19— que la restricción de derechos debió realizarse, superada la situación inicial, teniendo como sustento una ley emanada del Congreso de la Nación, algo que no ha ocurrido.

III.2.2. Aprobación en la Comisión Bicameral

En segundo lugar, nos interesa profundizar en la actividad de la Comisión Bicameral para el examen de los DNU de 2021.

La Comisión Bicameral aprobó los DNU de la pandemia, especialmente en la finalización del período 2021, con la integración que resultó de la elección de 2019. La Cámara de Senadores brinda la información a través de la página respectiva. De todos modos, luego de la intervención de la Comisión y la participación del Senado de la Nación, los DNU no han tenido ningún recorrido, tal como lo informara la Cámara de Diputados.

Viendo lo que ha sucedido en este caso, resulta casi una réplica de las variadas interpretaciones que (desde la sanción de la reforma constitucional en 1994 y la regulación que en el punto refiere la ley 26.122) han tenido los DNU y su validación posterior.

Las complejas consecuencias resultan claramente explicitadas y su vulnerabilidad es remarcada de modo solvente por Santiago, Veramendi y Castro Videla (2019):

En la doctrina se ha afirmado que la declaración de nulidad podría ser dispuesta por el Congreso a través de una ley sancionada al efecto, de conformidad con el procedimiento ordinario de sanción de las leyes (...). A todo evento, en caso de admitirse la posibilidad de que el Congreso pueda disponer la nulidad de un decreto, por principio deberían dejarse a salvo los derechos adquiridos al amparo de dicho decreto, mientras se mantuvo en vigencia, del mismo modo que lo prevé el artículo 24 de la ley 26122 para el supuesto de 'rechazo' (p. 174).

También resulta ilustrativo lo sostenido por la doctrina administrativa (Rizzi, 2020), porque —tal como lo señala— refiere a lo acaecido en Argentina hasta junio de 2020:

Es el propio Estado como garante de los derechos fundamentales, el que debe actuar brindándolos ya que convencionalmente no deben admitirse restricciones,

ni siquiera en situaciones de excepción, en especial en cuanto al principio pro homine (...) después de esta pandemia (...) nos encaminamos hacia un nuevo derecho administrativo, que, quizás, como algunos esperamos se vea más humanizado e inclusivo (pp. 147 y ss.).

En definitiva, esta es la situación de los DNU dictados a raíz de la pandemia de COVID-19 y que han restringido de modo claro los derechos, exhibiendo una extrema falta de fundamento.

A modo de conclusión de este punto, lo sostenido por la doctrina constitucional en este sentido es contundente:

En definitiva, ni la Constitución, ni la jurisprudencia de la Corte han resuelto los problemas relativos a la oportunidad y la forma en que el congreso interviene en forma posterior a un DNU. La reforma suprimió el silencio positivo, pero al no fijar un plazo para la intervención parlamentaria —como si lo hacen la constitución española o la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires— dejó las cosas casi en el mismo lugar que antes, al permitir que los DNU produzcan sus efectos durante todo el tiempo en que el Congreso no se pronuncia sobre ellos, para lo cual pueden pasar años o no ocurrir nunca (Sáenz, 2016, p. 666).

De lo reseñado puede colegirse que el obrar del Congreso de la Nación (no solo por la demora en la regulación de ese artículo, sino también en relación con lo dispuesto por la ley 26.122) no resultó efectivo en orden a los fines buscados por el constituyente.

Sin perjuicio de la preocupación sobre la restricción de derechos enmarcados en normas de tanta fragilidad y habida cuenta de que los DNU refieren a los indicadores, se realiza una referencia a estos en el marco de la actividad estatal.

IV. Indicadores y parámetros

¿Qué significa “indicador” en este texto? Para la Real Academia Española, el vocablo es definido como: “que indica o sirve para indicar” (Real Academia Española, s/f.).

El verbo “indicar”, a su vez, implica “mostrar o significar algo con indicios y señales” y “decir algo” (Real Academia Española, s/f., definiciones 1 y 2).

Claramente, el vocablo (que viene del latín *indicare*) refiere a la acepción de “mostrar o significar algo” en el contexto en el que se analiza la importancia de este término en la ley 25.741 y los DNU de la pandemia.

La precisión del significado se ajusta al concepto que se aspira a desarrollar. La doctrina nos señala que es una medida, de preferencia estadística, asociada al estado de una sociedad, que permite acceder al conocimiento (de un modo resumido) de diversos resultados de un conjunto de atributos, ya sean sociales, ambientales o económicos. Es decir, los indicadores describen, de modo cuantitativo, el estado de una situación o fenómeno en un territorio, área o sociedad (6). Ello no obsta a que haya posibilidades de ponderaciones cuantitativas.

Acerca de desempeño, Bonnefoy y Armijo (2005) sostienen que

En la administración pública el desempeño es un concepto relativamente nuevo. Según la Real Academia Española el desempeño se refiere a “actuar, trabajar, dedicarse a una actividad”, lo cual nos da una idea básica, pero que requiere una elaboración conceptual más amplia para el ámbito de la gestión pública. Tal desarrollo a menudo se ha asimilado al concepto anglosajón de *government performance*, el cual se refiere a “la productividad, calidad, oportunidad, responsabilidad y eficacia” de los servicios y programas públicos (pp. 21 y ss.).

IV.1. El uso del vocablo “indicadores” en los DNU y la ley 27541

Varias de las normas dictadas en la República Argentina durante la pandemia de COVID-19 refieren en forma concreta a los indicadores y adicionan otros vocablos.

Así, la ley 27.541, sustento del primer DNU de la pandemia, dice en su artículo 2:

TÍTULO I DECLARACIÓN DE EMERGENCIA PÚBLICA

ARTÍCULO 1. Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020.

ARTÍCULO 2. Establécense las siguientes bases de delegación: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los **indicadores sociales básicos**.

(6) Se han tomado los conceptos del profesor Dante Arenas Carutti, vertido en el curso “Indicadores de Desempeño” (con evaluación) dictado por ILPES-CEPAL-ONU en Chile, durante 2021.

Un repaso a los DNU dictados en el año 2020 y 2021, en relación con la pandemia, nos brinda los siguientes conceptos: indicadores de riesgo epidemiológico, indicadores de riesgo sanitario; indicadores de riesgo epidemiológico y sanitario; monitoreo de indicadores de riesgo epidemiológico y sanitario COVID-19.

A título de ejemplo, en el año 2020 encontramos las siguientes menciones:

- DNU 493/2020 “indicadores epidemiológicos”.
- DNU 260, 287, 297 y 325 sin referencias.
- DNU 408 y 459, 6 menciones del término indicador.
- DNU 493, “indicador epidemiológico”.
- DNU 520, 576 y 605, distintos párrafos sobre los indicadores.

A partir del DNU 641, se comienza a hablar de MIREs COVID-19, que significa “monitoreo de indicadores de riesgo epidemiológico y sanitario”.

En los DNU del 2021 se puede encontrar nueva terminología: “indicadores en aglomerados urbanos de más de TRESCIENTOS MIL (300.000) habitantes” (decreto 678/2021, artículo 8).

La insistencia en referir a los indicadores, su origen y utilización tiene su motivación en que las restricciones a los derechos de los habitantes de Argentina se fueron regulando conforme a lo que ellos decían.

Siguiendo a Bonnefoy y Armijo (2005), los indicadores pueden mostrarnos la transparencia con que se actúa y el impacto que alguna medida puede tener en el bienestar de la ciudadanía, entre otros resultados.

En este caso, nada más y nada menos, los indicadores debían proporcionar (desde marzo de 2020) la información confiable para enfrentar adecuadamente una pandemia. Y, en ese orden de ideas, *a posteriori*, verificar los resultados y, en cada caso, la ampliación o morigeración de derechos.

Es preciso destacar que los indicadores son expresiones fundamentalmente cuantitativas, aunque pueden reflejar aspectos cualitativos. Su gran utilidad reside en que son la base para supervisar y evaluar programas, proyectos, pues entregan información certera. Esto se desprende del riguroso proceso para obtenerlos, de su sustento entre expresiones cuantitativas y de su vínculo entre variables.

Tal como señalan Bonnefoy y Armijo (2005), existe (o debiera existir) una preocupación en la administración pública en lo que se refiere a ponderar el modo

de desempeño de su gestión y hacer la debida evaluación de sus resultados para enmendar, corregir y fortalecer gestiones en todos los niveles del Estado.

Los textos que se ocupan de este tema refieren a las distintas clasificaciones de indicadores. Los de eficiencia y eficacia son los que interesan en este examen para la perspectiva que se pretende brindar en la presente reflexión vinculada a las instituciones del derecho administrativo. El indicador de eficiencia brinda la dimensión de los recursos utilizados para obtener un bien o servicio. El indicador de eficacia nos da el grado de cumplimiento de los objetivos.

También adquiere relevancia el mayor uso del vocablo “parámetro”. La RAE lo define como: “Variable que, en una familia de elementos, sirve para identificar cada uno de ellos mediante su valor numérico” (Real Academia Española, s/f, definición 2).

El DNU 287/2021, en el artículo 3, se ocupa de definirlo

3) Serán considerados partidos y departamentos de “RIESGO EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO BAJO”, a los fines del presente decreto, los que verifiquen los siguientes parámetros en forma positiva:

A) La razón de casos, definida como el cociente entre el número de casos confirmados acumulados en los últimos CATORCE (14) días y el número de casos confirmados acumulados en los CATORCE (14) días previos, sea inferior a CERO COMA OCHO (0,8).

B) La incidencia definida como el número de casos confirmados acumulados de los últimos CATORCE (14) días por CIEN MIL (100.000) habitantes, sea inferior a CINCUENTA (50).

El cálculo, muy sencillo, es usado para todos los riesgos: bajo, medio y alto. Se vuelve al mismo problema: si la data no es correcta, el resultado será inválido.

A la fecha de realización de este trabajo, se toma conocimiento de que el Sistema Nacional de Vigilancia de Salud (SNVS) informa que el total de personas fallecidas en Argentina por COVID-19 es un 15% mayor al difundido.

V. Reflexión

La situación que generó la pandemia de COVID-19 a nivel mundial y los diversos criterios adoptados por cada país, región o zona en el mundo, implicó, en el caso de la República Argentina, la utilización de los DNU. Estos instrumentos están habilitados por la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 y reglamentados por la ley 26.122, objeto de críticas que hemos referido.

Los DNU se usaron desde el 19 de marzo de 2020 y rigen hasta el 31 de diciembre de 2022 (7). La doctrina se ha ocupado de estos instrumentos jurídicos, particularmente luego de la reforma constitucional. No obstante, se advierte que el sistema que procura instrumentar no ha encontrado en la ley que los reglamenta la estructura que garantice que estos decretos tengan un procedimiento acorde al que tienen las leyes, en el ámbito del Congreso.

La preocupación va a tono con la descripción que realiza Hernández (2020), en un artículo con un título contundente: “Las emergencias en general y la decadencia del Estado de Derecho”. Luego agrega:

El problema de las emergencias y su impacto en el Estado de Derecho es uno de los más graves y complejos a nivel mundial, pero especialmente en nuestra América Latina y en nuestro país (...). Estamos convencidos de que entre las razones que explican nuestra vivencia prácticamente permanente bajo situaciones de emergencia -como todavía lo estamos- se encuentra la falta de un adecuado, estricto y firme ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial (pp. 251, 258 y 259).

El seguimiento realizado sobre los DNU que se referencian especialmente *infra* demuestra dos aspectos preocupantes, detallados a continuación.

En primer lugar, la falta de sustentación jurídica que acaece luego del vencimiento automático de la ley 27.541, el 31 de diciembre de 2020.

Y —vale la pena recordarlo— no es una ley de emergencia sanitaria. Por ello se recurre a un artilugio mantenido para que tenga vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022. En efecto, el uso del “ampliase”, al que se ha referido *ut supra*, no tiene cimientio sustantivo desde el vencimiento de la ley 27.541.

Un razonamiento sencillo lo explicita: no se puede ampliar lo que no existe. Se reitera, entonces, que pudo resolverse —por ley del Congreso— con una declaración de emergencia sanitaria por COVID-19. Nada lo impedía, superados los primeros meses del ASPO.

La situación se torna relevante a partir de las decisiones que se dictan para restringir los derechos de todos los habitantes, en los años 2021 y 2022. A ello se suma la fundamentación que se pretende solventar con indicadores de controversial fiabilidad.

(7) A la fecha de redacción del presente, marzo de 2022.

En segundo lugar, podemos establecer que los indicadores —que, en definitiva, constituyeron la sustancia fáctica de los DNU para disponer restricciones a los derechos— no son accesibles al ciudadano común.

La página oficial brinda datos, pero los funcionarios aclaran que todo depende de la carga que realiza cada jurisdicción. Pruebas concretas: baja de contagiados y fallecidos los sábados y domingos, incremento de los datos en forma exponencial los días lunes y martes. Siempre se aclaró que era por la carga. Súmese a ello el incremento de fallecidos por causas aparentemente no vinculadas al COVID-19 (8).

Quienes se ocupan de los indicadores, especialmente desde CEPAL, insisten en que los indicadores resultan positivos cuando la data con la que se construyen es fiable. No ha ocurrido en Argentina.

Se destaca un agravante: las decisiones tomadas, sin data exacta, generan una ineludible responsabilidad en los funcionarios, aquellos que tomaron las decisiones, quienes no hicieron los esfuerzos necesarios para que esas resoluciones respondieran a datos científicamente recopilados.

Y, en este contexto, se recuerda que los DNU —como todo decreto— requieren fundamentación. Una lectura de los que se enuncian en este trabajo demuestra una sucesión de textos casi idénticos.

Párrafo aparte merece el proyecto de ley 34/21 del Poder Ejecutivo, elevado con mensaje 48/2021, remitido bajo el nombre de “Proyecto de Ley de Parámetros Epidemiológicos y Sanitarios regulatorios de la Epidemia COVID-19”, con fecha 10 de mayo 2021. El proyecto fue llamado de “los superpoderes” y objeto de numerosas modificaciones en la Cámara de Senadores, sin tener tratamiento en la Cámara de Diputados al ser remitido.

De todos modos —y aunque resultó un proyecto fallido— resulta llamativo que el texto remitido por el PEN reproduce, casi *in totum*, el contenido del DNU 287/2021 del 30 de abril de 2021, publicado el 1 de mayo de ese año.

VI. ¿Conclusión?

Resulta preocupante que se continúe con el dictado de DNU citando como sustento final una norma que perdió vigencia el 31 de diciembre de 2020. Si a ello se suma la poca falibilidad de los datos para construir tanto indicadores como

(8) Es ilustrativa la investigación periodística de Ary Garbovetzky (publicada en *La Voz del Interior* el 12 de marzo de 2022), con data oficial de la provincia de Córdoba, incluso cuando es una de las provincias que ha cumplido con mayor precisión la carga.

parámetros, resulta imposible formular una conclusión. Esta es solo la primera etapa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la última palabra.

VII. Bibliografía

Bonnefoy, J. C. y Armijo, M. (2005). *Indicadores de desempeño en el sector público*. Santiago de Chile: Cepal.

Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concorrada*, tomo II. Buenos Aires: La Ley.

Hernández, A. (2009). Balance de la Reforma Constitucional de 1994. *La Ley* 2009-E (p. 895). Buenos Aires: La Ley.

Hernández, A. (2020). *Emergencias, orden constitucional y Covid-19*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Parés, S. (2021). Marzo 2020 - abril 2021. COVID-19. La intervención estatal. DNU-Análisis a la luz de los Indicadores de Desempeño. *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo "Dr. Félix Sarria"* (2) (pp. 1-2). Córdoba: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado de <https://derecho.unc.edu.ar/wp-content/uploads/sites/7/2021/07/BOLETIN-N2.Instituto.pdf>

Ragazzón Gallo, V. C. (2018). *Decretos de Necesidad y Urgencia. Aspecto reglado, discrecional e intensividad del control judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Real Academia Española (s/f). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/indicador>

Rizzi, G. F. (2020). Algunas decisiones judiciales (y administrativas) dictadas en el marco de la pandemia. *RDA Derecho Administrativo - Edición especial COVID-19* (131) (p. 147). Cita Online: AR/DOC/2822/2020.

Santiago, A., Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26122 y práctica legislativa y jurisprudencial*. Buenos Aires: La Ley.

Legislación

Ley 27541. Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/12/2019.

Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/03/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 287/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/03/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/03/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 325/2020 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 31/03/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 408/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/04/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 459/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/05/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 493/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 25/05/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 520/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/06/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 576/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/06/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 605/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/02/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 641/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 02/08/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 677/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/08/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 714/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 31/08/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 754/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/09/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 792/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/10/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 814/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/10/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 875/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/11/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 956/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/11/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 1033/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 21/12/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 67/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/01/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 125/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/02/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 167/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/03/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 168/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13/03/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 235/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/04/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 241/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/04/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 287/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/05/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 334/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/05/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 381/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/06/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 411/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/06/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 455/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/07/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 494/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/08/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 678/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 01/10/2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia 867/2021. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 24/12/2021.

Sitios web consultados

Cámara de Diputados de la Nación: www.diputados.gov.ar

Manuales de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe <https://www.cepal.org/es/publicaciones/tipo/manuales-cepal>

Ministerio de Salud de la Nación www.argentina.gob.ar/salud

Portal de noticias del Gobierno Nacional Argentino www.argentina.gob.ar/noticias

Senado de la Nación www.senado.gob.ar/parlamentario

Fecha de recepción: 29-03-2022

Fecha de aceptación: 10-10-2022