

EL TRANSPORTE EN LA EMERGENCIA SANITARIA

Por Dr. Armando Norberto Canosa*

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas”, publicada recientemente por la Editorial RAP, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Rodolfo C. Barra, a quien agradecemos.

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza

Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra



Acceder a obra colectiva completa

1. Como es sabido, todos los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo estatuido en el Artículo 14 de la misma. Desde siempre se ha escrito sobre el alcance que debe dársele a esa facultad del órgano legislativo a los fines de adecuar el ejercicio de dichos derechos por parte de todos los habitantes de este suelo, no siendo este trabajo el indicado para explayarnos *in extenso* sobre este tema.

La doctrina tradicional había sostenido desde antiguo que esta facultad del legislativo encuadraba en lo que se denominaba “poder de policía”, el cual era

* Secretario de Transporte. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (1997-1999). Subsecretario de Transporte Metropolitano y de Larga Distancia. Secretaría de Transporte. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (1996). Asesor de la Presidencia del Banco Hipotecario Nacional (1996). Subsecretario de Asuntos Legislativos. Ministerio de Justicia de la Nación (1995-1996). Asesor del Gabinete del Sr. Ministro de Justicia de la Nación (1994). Subcoordinador del Componente “Desregulación” del Programa de Reforma del Estado (BIRF) ante la Subsecretaría de Desregulación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (1992-1994) y Asesor del Subsecretario del área. Consultor Top III del BIRF en el Componente “Desregulación” del Programa de Reforma del estado (1991). Asesor en la Intervención de SEGBA (1990-1991). Letrado Sumariante. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (1985-1987). Abogado en la Dirección de Control de Gestión del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (1984-1985). Profesor de Procedimiento Administrativo en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Abogacía de la Universidad Católica de Salta (2015 - a la actualidad). Profesor Titular de la materia Procedimiento Administrativo -Parte Especial- en la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2010 - a la actualidad).

definido como la “potestad atribuida por la Constitución al órgano o “poder” legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes” (Marienhoff). Dejando de lado toda la controversia doctrinaria acerca de la diferencia de este instituto con el denominado como “policía” o “policía administrativa”, lo cierto es que a continuación de haberse concretado una especie de definición, se trataba de establecer cuál era el debido “contenido” que se le debía asignar al “poder de policía”. Así, y continuando con lo que consideramos como las posiciones doctrinales tradicionales, diremos que existía un criterio restringido mediante el cual se limitaba la potestad legislativa a lo que atañe a la seguridad, moralidad y salubridad públicas, lo que quedaba reflejado en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos “Empresa Plaza de Toros” y “Saladeristas de Barracas”). Con el correr de los años, y a nuestro criterio, con motivo de las complejidades crecientes que se fueron sucediendo a raíz del devenir de la vida en sociedad, el contenido de este “poder de policía” se fue ensanchando, naciendo por ende lo que se denominó el criterio amplio de éste, teniendo como principales denominaciones a este fenómeno como “policía de emergencia” y también “policía de la prosperidad”, también recogidos estos criterios por el alto Tribunal (“Ercolano”, con relación a la primera de las denominaciones y “Cine Callao”, con relación a la segunda).

Podríamos decir que ampliados los criterios que avalan la existencia del “poder de policía”, se inicia rápidamente un verdadero camino hacia la variación de dichos criterios, por lo que se tendió a abandonar estos conceptos, no obstante lo cual entendimos que era importante refrescarlos porque serán necesarios para tratar de encuadrar debidamente esta emergencia sanitaria que estamos atravesando y que se ve reflejada en una profusa actividad legislativa. Ya veremos la entidad de las normas que integran esta actividad legislativa. El creciente intervencionismo estatal –en muchos casos imprescindible o necesario y en otros no– hizo que el concepto que venimos analizando quedara estrecho y de alguna forma, tomando en consideración todas estas intervenciones estatales, se produzca una asimilación entre lo que es “poder de policía” con la casi totalidad de la actividad legisferante. Sin perjuicio de ello tampoco podemos abandonar en forma conclusiva todos aquellos conceptos porque de alguna forma y a pesar de los tiempos debemos recurrir nuevamente a ellos. Nos

referimos, en especial, a aquellos criterios que marcaban los límites para la reglamentación del ejercicio de derechos.

La noción ampliatoria del contenido del poder de policía (o de la policía) termina confundándose con el propio poder de legislación, “incluyendo la regulación de actividades que no son propiamente de limitación ni de gravamen sino de relación o ampliación de situaciones activas favorables” (Cassagne), por lo cual la utilización del vocablo que venimos analizando es una cuestión que se basa mayormente en una tradición jurídica. En definitiva, debemos buscar el fundamento de esta potestad regulatoria con relación al ejercicio de derechos en la procura del bien común, de solidaridad social (Dromi).

2. Habíamos afirmado que estas “normas de policía” tienen como fundamento al bien común, fin primero y último de toda actividad estatal y hacia el cual deben tender, inclusive, todas las conductas humanas, las que a través de la norma de orden público dan cumplimiento a los mandatos de la justicia general. De allí que se sostenga: “El instituto de la policía, entonces, no es sino una especie del género orden público, expresión jurídica de las exigencias de la justicia general” (Barra). La regulación de orden público (norma de policía) tiene diferentes matices o niveles, interesando aquí aquel que se presenta sobre las relaciones jurídicas entre particulares, las cuales estarán incididas por aquella norma descripta. Siguiendo siempre a este autor, diremos que esta incidencia puede ocurrir de tres maneras diferentes: **a)** creando limitaciones negativas que actúan como barrera infranqueable para la voluntad de las partes (v. gr., imponer que el límite para la utilización de unidades de transporte automotor no podrá exceder de determinada cantidad de personas, limitando así el contrato de transporte celebrado entre privados); **b)** imponiendo limitaciones negativas sumado a ello la actuación de oficio de la administración para comprobar el cumplimiento de las mismas y en caso contrario aplicar sanciones (v. gr., suspensión temporaria del transporte interjurisdiccional –dentro de nuestro país o hacia otro extranjero– de pasajeros); **c)** imponiendo limitaciones negativas y mandatos positivos, como así también la actuación de oficio de la administración para controlar el cumplimiento de dichas limitaciones y mandatos. A ello se refiere la regulación sobre una actividad determinada dentro de los límites que marca el principio de subsidiariedad (v. gr., marco regulatorio del transporte ferroviario).

En definitiva, el concepto de orden público en los términos aludidos debe entenderse como un determinante para considerar que el denominado poder de policía trata acerca de la coordinación de los derechos de los particulares entre sí y además con el interés público.

Todo este juego de limitaciones, mandatos, creación de situaciones activas, etc., puede ser permanente o temporario y encuentra su causa en diversas cuestiones, y he aquí que la emergencia –como concepto jurídico– con base en la protección de la salubridad pública puede enmarcar a todo ello, uniendo así concepciones clásicas con concepciones modernas, siempre que se respeten los límites que se han fijado para que pueda ejercerse esta potestad estatal; la protección de la salubridad que representa el contenido restringido a la potestad legislativa para el ejercicio de los derechos y la emergencia tomando en consideración la ampliación que se produjo en el tiempo de la mencionada potestad. Aclaremos que, como veremos más adelante, lo temporario basado en la emergencia también puede incidir en la regulación de la actividad de que se trate.

3. La variedad de los fundamentos que dan lugar a la reglamentación del ejercicio de los derechos por parte de legislativo hace, como hemos visto, que debemos alejarnos de los conceptos clásicos del “poder de policía”, dado que la creciente intervención estatal en diversos ámbitos del quehacer diario de la sociedad y teniendo en cuenta la noción en los términos de la doctrina clásica, lo convierten en una noción estrecha con relación a lo que sucede en este tema en la realidad actual. Valga aclarar que no siempre esta intervención estatal –al menos en su intensidad y en el ámbito que se pretendía regular– sea válidamente justificada.

Lo que sí entendemos que persiste es el estándar de intensidad con relación a esa reglamentación de derechos, respecto de la cual podemos estar o no de acuerdo toda vez que con variadas justificaciones esa intensidad permitió la intromisión estatal más allá de lo necesario, teniendo en cuenta el fin que se tuvo en mira para dictar una ley reguladora de los derechos; muchos de estos casos se advierten en el campo de lo económico, pudiéndose encontrar en nuestro país variados ejemplos que ratifican esta afirmación.

La intensidad de esta actividad estatal se pone de manifiesto, quizás en forma más alta y palmaria, cuando se invoca la “emergencia” para aumentar esta intervención estatal en un sector o en varios sectores dentro del campo de acción propio de los privados. Reiteramos que este concepto de “emergencia” pudo haber sido objeto de críticas (Bianchi), lo cierto que en determinadas circunstancias es la válvula de acción necesaria del legislativo para tratar de afrontar una situación que se presenta y que altera en forma palmaria la vida en sociedad. En pocas palabras, no cualquier situación que saque de los carriles normales el actuar de la ciudadanía es válida para invocar la “emergencia” y de esa forma restringir en forma intensa el ejercicio de los derechos constitucionalmente amparados.

Por nuestra parte, entendemos que la Corte Suprema ha definido –y puesto en justos términos– el alcance que debe otorgársele a la emergencia en la materia en análisis. Así se ha decidido y fundamentado: “[...] el tribunal ha sostenido –tras recordar que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos– que en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad (*Fallos*: 200:450). Surge del mismo fallo el carácter transitorio de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales” [CSJN *in re* “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)”, del 27-12-1990]. Una acabada y acotada concepción de la emergencia, consignando otra de sus características centrales, es la de la transitoriedad. Desde luego a ello debemos agregar el requisito de la legalidad –o sea, necesaria e imprescindible intervención del órgano legislativo– y además la razonabilidad que está marcada por lo establecido en el Artículo 28 de la propia Constitución Nacional. En sí la emergencia no crea potestades ajenas a lo que surge de la ley fundamental, pero sí permite ejercer con mayor rigor y vigor las que ésta contempla, es decir, el ejercicio de esta potestad estatal con base en la emergencia y dentro de los límites que han sido marcados, se enmarca en lo que puede considerarse un actuar dentro de la interpretación de las normas de la Constitución Nacional (Gallegos Fedriani).

Sin tratar de ahondar en todo lo que se podría decir acerca de la emergencia en materia de restricción del ejercicio de derechos, y para ir enmarcando

la cuestión al tema en análisis, diremos que si se hace un *racconto* de las distintas leyes de emergencia y la interpretación de las mismas por parte de los tribunales, advertiremos que las que mayor trascendencia tuvieron fueron aquellas vinculadas a las cuestiones que involucraban a la economía o economía social del país, desde una perspectiva general, que incluye distintos aspectos dentro de este campo. En base a la emergencia se restringieron derechos en materia contractual, controles estatales a sectores de la economía, imposición de cargas económicas, intervención estatal directa en empresas privadas, etc. Desde luego que no en pocos casos esta emergencia en materia económica recibió algún aditamento adicional para justificar esta intervención, como podría ser el bienestar general, la paz social, la prosperidad, la seguridad nacional, entre otros tantos conceptos. No obstante, siempre el tema económico tuvo su preponderancia. También esta emergencia económica tuvo como base lo que se considera una cuestión de transformación nacional, como aconteció en 1989 con la sanción de las Leyes Nros. 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica, a las cuales nos referiremos más adelante en ocasión de tratar lo concerniente al transporte. Desde allí esta emergencia económica también se vinculó con cuestiones que hacían a la emergencia económica financiera del Estado, pudiendo citar como ejemplo de ello a las Leyes Nros. 25.344 y 25.561, siendo que esta última fue prorrogada durante muchos años a través de la sanción de distintas leyes.

Las emergencias sectoriales no tuvieron mayor repercusión, con la salvedad de algunos casos puntuales, que tuvieron como origen los daños que se causaban por desastres provenientes de la naturaleza.

Estas aclaraciones son válidas para enfatizar que la emergencia sanitaria que rige en la actualidad (más adelante daremos precisiones del farrago normativo que la regula) aplica los conceptos propios de esta potestad estatal de reglamentar el ejercicio de los derechos en su más pura concepción; a saber: hace a lo restringido de la justificación para dicho ejercicio –protección de la salud de la población– y además ejercicio de ese “poder” que emana de la emergencia también aplicado de acuerdo a parámetros válidos y ya jurisprudencialmente reconocidos. La emergencia, en este caso, no tiene como base central a las cuestiones económicas, aunque también debemos reconocer los efectos de las normas que la regulan;

esta emergencia sanitaria tendrá efectos directos e indirectos sobre algún sector que está incidido o que incide en la economía general del país, incluido el que es motivo de este comentario, como es el transporte.

4. El derecho a la salud no fue incluido de manera expresa en el texto constitucional de 1853-1860, mas se consideró que se encontraba implícitamente reconocido a través de la interpretación del Artículo 33 de la Constitución Nacional, dentro de lo que se denominan derechos no enumerados. Este derecho a la preservación de la salud está considerado como relevante, dado que se encuentra dentro de lo que es el derecho a la vida (Francavilla).

El derecho a la salud fue desde un comienzo reconocido por la Corte, lo que queda demostrado en un fallo de 1887, en el caso “Saladeristas de Barracas” (*Fallos*: 31:274), en un pronunciamiento que se toma en consideración para explicar el antiguamente denominado “poder de policía” en sentido estricto. Así, el máximo Tribunal se abocó a considerar la legitimidad de ciertas normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires a los de fines de evitar que los saladeros ubicados a la vera del Riachuelo vertieran efluentes tóxicos o contaminantes a dicho río. La Corte se inclinó por la validez de las referidas disposiciones, acuñando un célebre fundamento: “[...] ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso de su propiedad [...]”. Tan barrocas expresiones ponen en evidencia la existencia de un derecho constitucional a la salud y la consiguiente obligación del Estado a su protección, y de allí la constitucionalidad de las normas que tiendan al cumplimiento de tal obligación, siempre que las mismas se dicten de acuerdo a otros parámetros que las tornen jurídicamente válidas (Canosa). Este fallo puede ser considerado como un remoto antecedente de la obligación estatal, y por ende, de las restricciones que puedan dictarse hacia los particulares a los fines de la protección del medio ambiente, lo cual ha sido recepcionado muchos años después en la reforma constitucional del año 1994 –Artículo 41–, en cuanto a la protección de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Esta protección del medio ambiente también se relaciona con la protección del derecho a la salud de la población y a las necesarias regulaciones de distintas actividades ejercidas por los particulares que tiendan a esos fines.

Del mismo modo podemos citar al Artículo 42 de la Constitución Nacional, que alude a que los usuarios y consumidores tienen derecho en sus relaciones de consumo a la protección de la salud y establece la obligación para las autoridades públicas de hacer lo conducente para la protección de este derecho. Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo, 75.22, CN) establece que los Estados partes del pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental, debiéndose adoptar, entre otras medidas, la de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Así, el Estado está obligado a proteger la salud de la población, adoptando todo tipo de decisiones –acciones positivas, restricciones de derechos, etc.– dirigidas, entre otras cuestiones, a la prevención de enfermedades. Es lo que clásicamente se denominó policía de la salubridad y su importancia radica en que tal potestad-obligación estatal resulta fundamental para unir el interés social y el interés individual y de allí que las medidas preventivas que se adopten por ley para evitar la propagación de una enfermedad y que afecten los derechos de los individuos se basan, en definitiva, en la protección del interés público. Toda actividad, incluida la económica o especulativa, depende de la buena salud de la que puedan gozar los habitantes de un país (Diez).

Existe base constitucional suficiente que justifica el dictado de estas normas que refieren a la actual emergencia sanitaria provocada por la propagación del denominado “COVID-19”, y en base a las mismas, cumplir con la obligación estatal de protección del derecho a la salud mediante acciones positivas y también restringir el ejercicio de este derecho al adoptarse medidas que limitan por estas razones de emergencia la atención de determinadas afecciones de la población (suspensión de cirugías, de estudios de prevención de todo tipo, consultas médicas, etc.). A su vez, esta emergencia sanitaria y todo lo vinculado al derecho a la salud, conforme lo explicitado –como ya lo hemos insinuado–, dimana efectos de restricción en el ejercicio de otro tipo de derechos que hacen a la realización de actividades distintas a lo estrictamente sanitario, como es el caso de lo aquí tratado referente al transporte en determinados modos del mismo.

5. Tomando en consideración los conceptos vertidos en los puntos anteriores, entraremos al tratamiento de la emergencia sanitaria en virtud de la existencia de la pandemia con motivo de la propagación del COVID-19. Como una suerte de base indirecta de la emergencia declarada, se tomó en ese sentido a la Ley N° 27.541, denominada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia”, la que contiene una declaración genérica de emergencia que abarca distintas actividades en las que tiene injerencia lo público, predominando, como es usual, cuestiones que se relacionan con lo económico y, dentro de ello, la prestación de servicios públicos, aspectos financieros, fiscales y administrativos. Pero en dicha declaración genérica está comprendida la emergencia “sanitaria y social”, siendo digno de destacar que en los artículos que corresponden a dicha emergencia no se incluye, como no podía ser de otra manera, ningún aspecto vinculado al virus que dio origen a la actual emergencia sanitaria.

El Poder Ejecutivo Nacional dicta el DNU N° 260/2020, por el cual, conforme su Artículo 1º, “amplía” la emergencia declarada en la ley mencionada en el párrafo anterior, con causa en la pandemia que había sido declarada por la Organización Mundial de la Salud. Si bien, como se afirma en los considerandos del decreto, la rápida evolución de la situación epidemiológica exigía que se adopten medidas “rápidas, eficaces y urgentes” y así evitar el trámite ordinario de la sanción de las leyes, quizás hubiera sido preferible la rápida intervención del Congreso de la Nación para la sanción de una ley específica sobre esta cuestión y utilizar la vía de la delegación legislativa (Artículo 76, CN) para una adecuada actuación del Poder Ejecutivo y no transitar la vía de los decretos de necesidad y urgencia (Artículo 99, inc. 3º, CN) y repetirlos en cada una de las extensiones de la cuarentena a la que está obligada la población en general. La delegación legislativa es un instrumento idóneo para implementar las medidas adoptadas por el órgano legislativo y así está contemplado expresamente en la propia Constitución Nacional.

La autoridad de aplicación en el marco de la emergencia sanitaria declarada es el Ministerio de Salud, otorgándole el DNU una serie de facultades, no obstante que deberá coordinar con las autoridades competentes en cada una de las áreas involucradas distintas al ministerio ya mencionado.

Con relación al transporte se dispone: a) la coordinación del Ministerio de Salud con las autoridades de todas las jurisdicciones para la debida desinfección de medios de transporte; b) idéntica tarea para adoptar medidas de salud pública para restringir el desembarco de pasajeros de naves, aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subtes, trenes; c) suspensión de vuelos hacia o desde las denominadas “zonas afectadas”; d) restricciones a pasajeros que arriben de las “zonas afectadas”; e) se designan autoridades competentes para la identificación de corredores seguros aéreos, marítimos y terrestres, si la autoridad sanitaria identificare que determinados puntos de entrada al país son los que reúnen las mejores capacidades básicas para responder a la emergencia sanitaria declarada; f) los operadores de medios de transporte, internacionales y nacionales, que operan en el país están obligados a cumplir las medidas sanitarias y las acciones preventivas que se establezcan y además deberán emitir los reportes que les sean requeridos.

Con relación a esta “ampliación” de la declaración de emergencia manifestada por el PEN destacamos que se declara a dicho instrumento normativo como de orden público, lo que debemos entender en el sentido de que irradia sus efectos a las relaciones que puedan darse entre privados, sobre todo por las restricciones que sobre las mismas deberán existir. Nos remitimos a lo dicho más arriba al vincular el orden público con lo que clásicamente se denomina poder de policía y la variedad de situaciones en que se ponen de manifiesto tales restricciones. Podríamos también mencionar que no advertimos una clara delimitación de las competencias del Estado Nacional y de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre todo teniendo en cuenta que las cuestiones de salud son de competencia concurrente, sin perjuicio de las cuestiones propias de interjurisdiccionalidad, en las que resultan nítidas las competencias federales; el ejemplo típico es el transporte.

Este DNU es completado por otras normas de igual jerarquía, sobre todo en lo que atañe a la prórroga de la cuarentena impuesta (DNU Nros. 297, 325, 355, 408 y 459, todos del presente año), sin perjuicio de que a través de estos complementos se adoptan otras medidas con relación a la emergencia y a la preservación de la salud de la población, no limitándose, por ende, a la mera prórroga de la emergencia. Del mismo modo existen centenares de normas generales emanadas

de los órganos competentes en las distintas áreas de la administración tendientes a poner en práctica todo lo decidido por el PEN y por las directivas del Ministerio de Salud.

Aquellas disposiciones que vinculan al transporte en general a esta emergencia sanitaria declarada serán objeto de tratamiento en los párrafos siguientes.

6. A efectos de poder determinar el alcance de las restricciones impuestas por la emergencia sanitaria en materia de transporte, resulta propicio resaltar que estas limitaciones al desarrollo de la actividad importan, a su vez, limitaciones al ejercicio de una serie de derechos que están vinculados directamente con la prestación de servicios de transporte. Desde luego que en materia de transporte no se puede desconocer que estamos en presencia de una actividad en la que está directamente comprometido el interés general, no exagerando si decimos que la vida en sociedad sería utópica sin transporte. Ello es así tanto en materia de transporte de personas como en el caso de transporte de cargas, lo que motiva la necesaria regulación por parte del Estado.

Ya hicimos referencia al Artículo 14 de la Constitución Nacional, el que al enumerar una gran parte de los derechos de los que gozan los habitantes de la Nación establece como uno de ellos el de trabajar y ejercer toda industria lícita, por lo que debemos reseñar que quien se dedica a la actividad de transporte está haciendo ejercicio de estos derechos. Versión moderna de este derecho es el que podemos denominar como de libertad de empresa, también con directa relación en materia de transporte. El mismo Artículo 14 dispone que otro de los derechos es de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, lo que genéricamente ha sido derecho de locomoción (Sagüés), vinculado también con todo lo atinente al tránsito; todo ello sería de imposible concreción sin un adecuado sistema de transporte. Citamos con el mismo propósito el derecho de libertad de circulación de mercaderías nacionales o extranjeras del Artículo 10, CN, y su correlato con el Artículo 11, que dispone que los artículos de la producción o fabricación nacional o extranjera, como el ganado que pase de una provincia a otra, serán libres de derecho de tránsito.

Con un sentido amplio debemos mencionar al Artículo 42, CN, que alcanza a toda actividad en la que se afecten los derechos de los usuarios y consumidores,

reiterando que uno de ellos es el de la protección de la salud en cualquier tipo de actividad que los tengan como sujetos.

Es decir, las limitaciones que puedan imponerse al transporte en materia de emergencia sanitaria, importan la restricción más enérgica no solo en lo que atañe al derecho de realizar actividad de transporte y el consecuente derecho de los usuarios a utilizar estos servicios, sino también en el ejercicio de otros derechos vinculados a esta tan vital actividad.

7. La emergencia en la acepción jurídica que hemos mencionado arriba, no resulta un concepto ni una técnica ajena en lo que respecta al transporte en cualquiera de sus modalidades. Baste mencionar que en los últimos veinticinco años diversas normas de emergencia afectaron, de una manera u otra, a esta actividad, presentándose lo que en general se denominó la emergencia económica permanente. No obstante, es del caso aclarar que no siempre la emergencia tuvo como instrumento principal la pura restricción del ejercicio de derechos, sino que, como ya adelantamos en párrafos anteriores, este instituto fue utilizado con distintos fines vinculados principalmente a lo económico y a lo financiero y para lograr una transformación o un reordenamiento en los sectores involucrados.

En la etapa mencionada podemos citar los siguientes antecedentes: 1) la emergencia declarada en 1989 por las leyes de “Emergencia Económica” y la de “Reforma del Estado” –sobre todo esta última– tuvo en miras salir de la situación de emergencia fiscal y de la administración en la que se hallaba sumido el país, precisamente, a través de la utilización de este instituto. Pero podemos afirmar que la emergencia fue utilizada con un fin transformador, el cual tuvo al transporte como actor central en dichas políticas, destacándose, entre otras modificaciones, las siguientes: a) concesionamiento de los servicios ferroviarios de pasajeros y de cargas; b) venta de la aerolínea de bandera; c) desregulación del transporte aéreo, fluvial y marítimo y también lo concerniente a la actividad portuaria; d) desregulación del transporte automotor de cargas; e) concesión para el dragado y balizamiento de nuestros ríos desde Santa Fe al océano; f) concesión para la explotación de los aeropuertos nacionales. Estas son las principales transformaciones en la materia producto de la ejecución de las referidas leyes; 2) en el año 2000 el Congreso vuelve a declarar la emergencia en lo que atañe a la situación económico financiera del

Estado Nacional y la prestación de los servicios y ejecución de contratos a cargo del sector público nacional, la cual, en lo que a nosotros nos interesa, facultaba a rescindir contratos de esta especie, entre los cuales figuraban los que tenían por objeto la prestación de servicios de transporte; 3) en los años posteriores se sancionan las Leyes Nros. 25.414 y 25.453, las que sin una declaración expresa de emergencia pusieron en funcionamiento toda la maquinaria necesaria para que en forma intensa el Poder Ejecutivo intervenga en la ejecución de los contratos oportunamente celebrados en materia de transporte y también en la actividad en general, sobre todo en aquello que involucraba el otorgamiento de subsidios en materia tarifaria, siendo en algunos casos la primera vez en la historia que ello ocurría; 4) en el año 2002 se sanciona la Ley N° 25.561, por la cual se declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, otorgando amplias delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo. A través de la misma se abandona el régimen de convertibilidad de la moneda, de manera tal que se afecta en forma directa a distintos contratos que involucraban inversiones a cargo de particulares en materia de obras y servicios. Se ordena la renegociación de los contratos que involucren estas áreas, los que no se concretaron en gran número en materia de transporte. Sí podemos decir que, al no tener la voluntad política de renegociar contratos en el sector, se dictaron decretos de necesidad y urgencia que declararon la emergencia en la prestación de los servicios emergentes de los contratos celebrados correspondientes al sistema público de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del AMBA y también en materia de transporte automotor de larga distancia. A la emergencia declarada por ley se le añadía una emergencia declarada por decretos de necesidad y urgencia, lo que no representa una técnica legislativa adecuada.

8. Como ha quedado claro esta emergencia sanitaria necesariamente deberá tener efectos muy distintos sobre el transporte si la comparamos con las emergencias arriba mencionadas, la que como hemos afirmado tuvieron una significación importante en la actividad objeto del presente, sobre todo en lo que atañe a las cuestiones económico financieras. El transporte no sólo representa una actividad que necesariamente debe ser regulada en forma intensa por los órganos estatales, sino que también resultará afectada la misma, por las intervenciones que tengan otras actividades e inclusive por las limitaciones que se les presenten a los particulares en su diario accionar. Al enumerar las normas que se han dictado en

materia de transporte por efecto de la emergencia sanitaria declarada, quedarán demostradas, en la práctica, las afirmaciones aquí vertidas.

Muchas son las restricciones con relación a la prestación de los servicios de transporte y por ende, las limitaciones de los usuarios en lo que respecta al ejercicio de sus derechos de entrar, circular, permanecer y salir del territorio argentino, pero como ya expresamos más arriba, ello estará sujeto a las leyes que reglamenten el ejercicio de esos derechos altamente limitados por la declaración de la emergencia. De los considerandos del DNU N° 297/2020 –que declara el aislamiento social, preventivo y obligatorio– extraemos como fundamento de estas limitaciones, no sólo el artículo de nuestra ley fundamental sino también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica que si bien el derecho de circular no puede ser restringido, ello podrá acontecer siempre que sea mediante el dictado de una ley y que entre otras cuestiones se funde en razones de protección de la salud pública (Artículo 12.3). También –y siempre de acuerdo a los considerandos del mismo decreto– se cita a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que en términos similares habilita la restricción del derecho de circular con el objeto de proteger la salud pública y siempre que dicha limitación surja de una ley (Artículo 22.1). Para una mejor comprensión de las medidas adoptadas con relación a emergencia sanitaria que produce efectos en el transporte se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos. Así, ponemos en lugar central que el Poder Ejecutivo dispuso lo que se denominó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, por el cual las personas deberán permanecer en sus residencias por un lapso determinado (lo que fue prorrogado), a través del DNU N° 297/2020, mediante el cual también se prorroga la emergencia sanitaria declarada. Quedan exceptuadas de tales medidas una serie de actividades, dejando sentado que, si bien resulta excesivo enumerarlas una por una, podemos resumir la cuestión diciendo que son las que están relacionadas con la subsistencia de la población (productos alimenticios, limpieza, provisión de caudales a bancos, provisión de combustibles, etc.), las comunicaciones y, por supuesto, lo vinculado a la salud pública en el marco de la emergencia declarada. De lo dicho se desprende que el transporte será necesario para que puedan cumplirse con todas esas actividades; en lo que se refiere al sector cargas, para el traslado de los insumos necesarios, y el transporte de pasajeros para el traslado de las personas que deben cumplir tareas en aquellas actividades exceptuadas

del mencionado “aislamiento”. Desde luego que el personal afectado a la actividad del transporte en los términos indicados y en las condiciones que se enunciarán a continuación también estarán exceptuados del “aislamiento”. Cabe aclarar que sucesivamente se fueron ampliando la cantidad de actividades que estaban exceptuadas de este aislamiento y, por ende, también se ampliaron los servicios de transporte que pueden prestarse.

En términos generales, también cabe aludir que todas estas medidas adoptadas por las autoridades restringen la demanda de servicios de transporte –sobre todo en el sector de pasajeros–, por lo que el normal desenvolvimiento de la actividad desde luego se resentirá. Si la generalidad no puede movilizarse, resulta evidente que se reducirá la cantidad de pasajeros que diariamente utilizan este tipo de servicios. Ello es lo que acontece en el transporte urbano y suburbano de pasajeros (automotor y ferroviario), siendo mucho más severo en el transporte de larga distancia (interurbano e internacional), el cual está totalmente suspendido, tanto sea el que se realiza a través de automotores como el transporte aéreo.

El tema de las competencias territoriales también deberá ser mensurado, toda vez que quedará reservado a la competencia nacional, todo aquello que se refiera al denominado transporte interjurisdiccional y a la competencia provincial o municipal –según el caso–, el transporte que no trascienda los límites de su respectivo territorio.

Dentro de todo este esquema podemos reseñar las medidas adoptadas en materia de transporte –haciendo hincapié en el transporte de competencia federal– de la siguiente manera:

a) *Transporte de cargas.* Por DNU mencionado en segundo término quedó exceptuado de toda restricción de aislamiento el transporte de mercaderías, petróleo y combustibles, a lo que debemos añadir todo lo que concierne al transporte vinculado a caudales, recolección de residuos, vinculado al comercio internacional, relacionado con la comercialización y exportación de productos agropecuarios, entre las principales actividades. Todo el personal afectado a estos servicios de transporte deberá contar con la certificación predeterminada emitida por los órganos correspondientes. Finalmente digamos que en la realización

de este tipo de transporte se deberá contar con elementos que protejan del contagio a los trabajadores que intervengan no solo en la actividad de transporte propiamente dicha, sino también en lo que atañe a las actividades vinculadas a las mismas, como puede ser la descarga, el acarreo, almacenamiento y la logística. Todo ello representa un aumento de costos, los que podrán ser trasladados al precio del flete toda vez que los precios son de libre fijación. La Ley de Transporte Automotor de Cargas N° 24.653 habilita a este tipo de medidas excepcionales basadas en situaciones de emergencia por parte de la autoridad de aplicación.

b) *Transporte urbano de pasajeros. Automotor y ferroviario.* Con relación a los servicios de pasajeros la situación es más compleja, al menos desde su efectiva implementación, porque si bien en lo que atañe a los servicios urbanos y suburbanos los mismos resultan necesarios a los efectos de efectuar el traslado de aquellas personas que cuenten con la debida autorización para circular y ella estuviere certificada, estos servicios tendrán una cantidad de limitaciones que pasan en general por la disminución de las frecuencias, la reducción de la cantidad de pasajeros por unidad, por los recaudos especiales que deben adoptar los conductores de los vehículos y por las indicaciones que deben respetar aquellos pasajeros respecto del ascenso y descenso de los mencionados vehículos al inicio y finalización del viaje, respectivamente. Se deberán evitar las aglomeraciones de pasajeros en todo tipo de terminales, o sea, portuarias, aeroportuarias, ferroviarias, de transporte automotor.

La ampliación de las excepciones para la realización de actividades económicas determinó que ello podrá aprobarse siempre y cuando el empleador asegure que su personal no utilizará el servicio de colectivos, trenes o subte para la concurrencia a sus lugares de trabajo (DNU N° 459/2020). En la misma norma se hace mención a que las empresas podrán contratar servicios de oferta libre, taxis, remises, etc., para el aseguramiento de aquel traslado. Recordamos que la normativa vigente en el orden nacional (Decreto N° 656/1994) contempla la prestación de servicios denominados “contratados”, siendo “aquellos pactados entre el transportista y una persona jurídica, pública o privada, o una persona física, mediante la suscripción de un contrato cuyo objeto es el traslado de sus miembros, personal o clientela, fijándose origen y destino del servicio, sin atender al carácter oneroso o gratuito que el transporte tenga para las personas

transportadas”. La imposibilidad de que se utilicen servicios de transporte público general para estos trabajadores, importa también una limitación en la demanda del sector, pero puede utilizarse esta figura de los servicios “contratados” para la utilización de las unidades motoras que se encuentran fuera de la operación celebrando contratos con las respectivas empresas.

En base a recomendaciones emanadas del Ministerio de Salud –autoridad de aplicación de lo que concierne a la emergencia sanitaria–, los órganos competentes en materia de transporte dictaron una cantidad considerable de resoluciones con el objeto de cumplir con lo allí indicado y para poner en ejecución las limitaciones que fueron mencionadas anteriormente. Como ya hemos adelantado, estas limitaciones refieren a lo siguiente: a) reducción de frecuencias de los servicios de transporte automotor y ferroviario urbano y suburbano; b) limitación en el uso de las unidades de traslado de pasajeros a los fines del mantenimiento del “distanciamiento social”, es decir, sólo traslado de pasajeros sentados; c) utilización de elementos necesarios para evitar el contagio del virus por parte de los pasajeros (tapaboca o barbijos); d) medidas de aislamiento de los conductores mediante la colocación de mamparas y utilización por parte de los mismos de elementos que eviten el contagio; e) los pasajeros deberán contar con la documentación que acredite que está dentro de alguna de las excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, generalmente que realice a alguna actividad de las normativamente exceptuadas (ver Resoluciones del Ministerio de Transporte Nros. 64, 71, 73, 89, 95, todas del corriente año).

Los denominados servicios de “oferta libre” (combis, servicios contratados, servicios de traslado a puertos y a aeropuertos, etc.) estuvieron suspendidos en cuanto a su realización, no obstante que se autorizaban excepciones a dichas suspensiones. Luego, y con fundamento en la ampliación de la nómina de actividades que están exceptuadas del aislamiento, se dispuso la reanudación de este tipo de servicios con las siguientes indicaciones: a) distanciamiento social, es decir, que los servicios deberán prestarse con una ocupación máxima del 60 %; b) uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón para las personas que circulen o permanezcan en los servicios de transporte; c) retiro de cortinas, visillos y otros elementos que pudieran retener el virus en

su entramado; d) cada pasajero deberá portar el certificado de circulación que corresponda (ver Resolución Ministerio de Transporte N° 107/2020).

En materia de transporte automotor y ferroviario de pasajeros de carácter urbano y suburbano se dictan las disposiciones del Decreto N° 656/1994 y de la Ley N° 27.132 –que rigen a cada uno de ellos respectivamente–, que habilitan a la autoridad de aplicación a adoptar medidas para la protección de la seguridad y de la salud de los usuarios de dichos servicios. Desde luego que lo referido es con relación al transporte de jurisdicción federal, quedando a consideración de las respectivas autoridades provinciales y municipales la adopción de las medidas que cumplan con lo decidido en materia de la emergencia sanitaria declarada.

También haremos mención a que, de acuerdo a un protocolo dictado por el Ministerio de Transporte, al estar limitada la capacidad de transporte de personas en las formaciones ferroviarias (solo pasajeros sentados), se dispone que se afectarán unidades de transporte automotor de pasajeros para suplir esa obligada falta de capacidad en el traslado de pasajeros en los servicios ferroviarios. También podrán utilizarse unidades destinadas a los servicios de larga distancia a esos fines. No se aclara cuál será la forma de retribución por la prestación de dichos servicios, ni tampoco la organización de este sistema sustitutivo. En el marco de las ampliaciones en las actividades aludidas el Ministerio de Transporte dispuso que los transportes urbanos y suburbanos –ferroviario y automotor– prestarán los servicios con las frecuencias normales, no obstante las limitaciones en lo que hace a la ocupación de las unidades (solo pasajeros sentados).

c) *Transporte automotor interurbano e internacional. Transporte aéreo de cabotaje e internacional.* Ya hemos aludido a la suspensión total de los servicios de transporte automotor y ferroviario de pasajeros interurbano e internacionales (larga distancia) y de los servicios de cabotaje comercial y aviación general. Desde luego que estas restricciones contarán, a su vez, con las debidas excepciones (ver Resoluciones del Ministerio de Transporte Nros. 64 y 71, del corriente año), las que en su mayoría tendrán fundamento en cuestiones que hacen a la protección de la salud, el regreso de personas desde distintos puntos del país a su domicilio o cuando ello sea requerido –y autorizado– por las autoridades correspondientes. En lo que respecta al transporte automotor de estas características la reciente

disposición de ampliación de las actividades no incluidas en el “aislamiento” reitera la prohibición en su prestación, pero se autoriza a realizar este tipo de transporte para traslado de aquellas personas que deban desplazarse para cumplir con las tareas asignadas en dichas actividades que gozan de la mentada excepción (Artículo 11, DNU N° 459/ 2020).

En materia de transporte aéreo sólo se permite la realización de servicios de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional en la medida en que se encuentren autorizados por el ente competente (Administración Nacional de Aviación Civil, ANAC), si se tratare de vuelos humanitarios de repatriación de connacionales (Resoluciones Nros. 100 y 143 de este año). Vinculado con esta temática, con motivo del aislamiento decretado, se prohibió el ingreso al territorio nacional de extranjeros no residentes y, luego, de residentes y de argentinos con residencia en el exterior, sin perjuicio de establecer un marco para programar, con relación a estos últimos, su reingreso paulatino (ver los DNU antes citados y las Resoluciones del Ministerio de Transporte también citadas). La ANAC autorizó a las líneas aéreas a comercializar pasajes a ser utilizados en vuelos regulares y no regulares a partir del 1° de septiembre, sin brindar mayores precisiones con relación a la determinación de esa fecha (Resolución ANAC N° 144/2020).

9. Queda por hacer alguna referencia respecto de una posible responsabilidad estatal al adoptar este tipo de decisiones en el marco de la emergencia sanitaria declarada.

Entendemos que, por regla general, en el marco de esta emergencia, producto de una pandemia declarada como tal por organismos internacionales y reconocida por nuestra legislación, estas limitaciones al ejercicio de los derechos involucrados no son indemnizables. Esta premisa resulta de aplicación con relación a todas las restricciones en materia de transporte y que fueran detalladas en las páginas que anteceden, máxime teniendo en cuenta que tienen su origen en el cumplimiento de la obligación estatal de protección del derecho a la salud y en este caso la obligación de prevenir enfermedades. Debe primar, en primer término, el bien común en pos de satisfacer exigencias de bien público o interés general.

Algunas salvedades a la afirmación vertida: no exime al Estado de responsabilidad si las decisiones que se adopten están fuera de la legalidad que debe presidir toda actuación estatal. Pensamos en la irrazonabilidad de la medida o la violación del derecho a la igualdad, o directamente la supresión total del derecho de propiedad. Estaríamos así en presencia de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo.

Otra cuestión a tener en cuenta es que en el sector transporte existen servicios que son prestados por empresas estatales, como es el caso de líneas de transporte ferroviario de pasajeros o la línea aérea de bandera, las que como cubren sus déficits con fondos del presupuesto nacional, sólo se trataría de aumentar dicho aporte en el caso de que las restricciones impuestas con motivo de la emergencia generaren mayores pérdidas en la operación.

Esta ausencia de responsabilidad estatal no impide que el Estado compense a las empresas que están impedidas de prestar servicios o que encuentren sus operaciones limitadas por las razones que más arriba se indicaron, sobre todo con el objeto de no afectar al personal de las mismas y para que estas restricciones no conduzcan a su desaparición por efecto de la limitada o nula operación comercial. En este sentido debemos tener en cuenta que podrían estas empresas hallar una compensación al utilizar sus unidades –en el caso del transporte automotor– para prestar servicios de transporte distintos a los que son propios de su giro normal; ej.: utilizar las unidades tractoras para que no se resienta al servicio de transporte ferroviario de pasajeros, o bien, para alquilar éstas a las empresas que deban trasladar al personal desde su domicilio a sus lugares de desempeño laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- Barra, Rodolfo C, *Tratado de derecho administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992.
- Canosa, Armando N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

- Canosa, Armando N., “El transporte en la emergencia actual”, en *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- Crivelli, Julio C., *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Diez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987.
- Francavilla, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, en *Cuestiones de Intervención Estatal*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.
- Gallegos Fedriani, Pablo, “Poder de policía y poder de policía en la emergencia”, *Documentación Administrativa*, Nros. 267-268, Madrid, INAP, 2003/2004.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1999.