

EMERGENCIA SANITARIA Y CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Guillermo BARRERA BUTELER*

SUMARIO: I. *Pandemia y emergencia*. II. *Emergencia ¿dentro o fuera de la Constitución?* III. *La emergencia en la CADH y en la CIDCP*. IV. *Los institutos de emergencia en el orden constitucional argentino*. V. *El abuso de la emergencia*. VI. *La emergencia sanitaria por el Covid-19 en Argentina*. VII. *Conclusiones*.

I. PANDEMIA Y EMERGENCIA

Es bien sabido que el mundo entero se ha visto conmocionado desde que, el 31 de diciembre de 2019, el gobierno chino informó a la Organización Mundial de la Salud haber detectado una misteriosa neumonía que —afirmaban— había infectado para entonces a cuarenta personas en la localidad de Wuhan en ese país.

Aunque la historia da cuenta de muchas epidemias y pandemias desde la antigüedad, la que hoy nos afecta tiene características muy particulares porque amenaza simultáneamente y en forma global a los habitantes de los cinco continentes. Ante el espectáculo generalizado de contagios masivos y muerte, la humanidad vuelve a experimentar su vulnerabilidad, en contraste con la creencia —hasta entonces fuertemente arraigada— en una suerte de omnipotencia del ser humano, con sus avances científicos y tecnológicos

* Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Córdoba. Profesor Titular por Concurso de Derecho Constitucional. Profesor Titular por Concurso de Derecho Público Provincial y Municipal, ambos en la Facultad de Derecho de la U. N. Córdoba. Director y profesor de la Diplomatura en Derecho Municipal de la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho U. N. Córdoba. Integra el Comité Académico de la Carrera del Doctorado de la Facultad de Derecho U. N. Córdoba.

que parecían llevarnos fatalmente a un proceso de crecimiento lineal, donde incluso la expectativa de vida podía prolongarse cada vez más y más. De pronto, pequeños seres, imperceptibles a la vista, ponen en jaque a las más grandes potencias tanto o más que a los pueblos más pobres y hacen que se desplomen las economías de unos y otros, con su secuela de quebrantos, desocupación y pobreza.

Esas circunstancias reúnen sin lugar a dudas los requisitos para configurar una situación de emergencia desde el punto de vista jurídico. En efecto, se trata de un hecho excepcional que pone en riesgo, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) “*la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones*”¹ y, por tanto, generan un verdadero *estado de necesidad* que reviste la *gravedad* suficiente para generar un riesgo cierto para la salud y la vida misma de los miembros de la comunidad. Son, además circunstancias *excepcionales* o *extraordinarias*, es decir que se encuentran fuera de los acontecimientos que regular u ordinariamente acontecen. También tienen carácter *transitorio*.

Por eso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “*Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes*”.²

Sabemos que las situaciones de emergencia impactan en el Derecho, sea que se trate de circunstancias excepcionales generadas por hechos de la naturaleza, como la pandemia en este caso o terremotos, inundaciones, etc. o a hechos del hombre, sean de carácter político (guerras, conmociones internas, etc.) o socio-económico (grandes crisis económicas con impacto social). Provocan un fortalecimiento del poder en el órgano a quien le cabe superar la crisis, generalmente el Poder Ejecutivo.³ Suelen producirse desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de éstas.⁴ Si bien una emergencia ajustada al orden constitucional no crea nuevos poderes, sí “se manifiestan nuevas dimensiones del poder político, un ejercicio más pleno y diverso, superior a su actuación ordinaria”.⁵

¹ CSJN 27/12/90, “*Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-)*” *consid. 43; LL 1991-C, 158.*

² CIDH, Resolución N°1/2020 del 10/4/2020, punto A).

³ Romero, César Enrique, “El poder ejecutivo en la realidad contemporánea”, *Temas constitucionales y políticos*, Córdoba, U. N. Córdoba, 1971.

⁴ Sagüés, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 585.

⁵ Haro, Ricardo, *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Advocatus, 2003, p. 267.

II. EMERGENCIA ¿DENTRO O FUERA DE LA CONSTITUCIÓN?

En general se admite que, por aplicación del principio jurídico del *estado de necesidad*, es legítima la adopción de medidas no contempladas y aún vedadas por la Constitución para circunstancias normales, ello en virtud del “*derecho natural de autoconservación de la sociedad y del Estado —que son previos a cualquier constitución— partiendo del supuesto, además, de que sin alguno de ellos no podrá haber tampoco una Constitución*”.⁶

En suma, se trata de una aplicación de la regla según la cual *necessitas ius constituit* (la necesidad crea derecho).⁷ Aunque la cuestión pasa por precisar qué tipo de derecho es el que crea la necesidad o, para decirlo con más precisión, si el derecho que surge de la necesidad o emergencia con el objeto de superarla, nace dentro de la Constitución y, por tanto, con la finalidad de tutelarla o, por el contrario nace fuera del orden constitucional y procura suplantarla o reemplazarlo por uno nuevo. En este último caso, en realidad, nos estaríamos apoyando en la regla opuesta según la cual *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene ley).⁸

Mientras la primera regla considera a la necesidad como causa generadora de regulaciones dentro del orden jurídico, del Estado Constitucional de Derecho, la otra sostiene que el derecho —incluida la Constitución— carece de todo valor y puede prescindirse de él en caso de necesidad.

Ahora bien, el *necessitas not habet legem*, fue aplicado desde la Edad Media por los canonistas, como causa de justificación de algunos ilícitos (Ej.: hurto famélico), pero, trasvasado al Derecho Público, sirve para argumentar que cualquier exceso del poder público está justificado si se funda en la “razón de Estado”.

No cabe duda alguna que esa visión nos coloca en la antípoda del principio republicano que postula el gobierno de la ley y no de los hombres ya que propone un estado de excepción en el que no hay Constitución, no hay ley, no hay derecho natural, no hay derechos fundamentales, en suma, no hay nada que esté por encima de la decisión de quien tiene en los hechos la posibilidad de imponer su voluntad a los demás.

El Estado Constitucional de Derecho se basa en el gobierno de la ley que “según la expresión aristotélica es *‘razón sin apetito’*, es decir racionalidad

⁶ Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 588.

⁷ Tomada de Modestino, Digesto 1,3,40: *ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* (así pues, todo derecho fue creado por el consenso o constituido por la necesidad o confirmado por la costumbre).

⁸ Publilio Sirio, *Sententiae* A. 883, H5084, S 5708.

objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de convertirse en el gobierno de las predilecciones subjetivas del funcionario de turno, el capricho o, peor aún, la corrupción”.⁹

Un antiguo fallo de la Suprema Corte de Justicia argentina sostiene que la Constitución “es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la república, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse”.¹⁰

Esto no significa que el Estado quede inerte para cumplir su rol de garante del bien común frente a la situación de emergencia. Sabemos bien que los derechos no son absolutos, de manera que el Estado puede y debe regular el modo y condiciones en que deben ser ejercidos, estableciendo restricciones razonables para ordenarlos a las exigencias del bien común, único fundamento que puede legitimarlas (art. 14 C.N., art. 32.2 CADH y art. 29.2 DUDH). El ejercicio de esa potestad denominada generalmente “*poder de policía*”, es inherente al gobierno de toda comunidad.

Ahora bien, además de las exigencias normales propias de la convivencia que justifican esas restricciones ordinarias, pueden acaecer determinadas circunstancias graves y excepcionales en la vida de una comunidad en las que el bien común requiere un sacrificio especial de los intereses particulares y, por ende justifican limitaciones más intensas que las que resultan tolerables en tiempos normales. En eso consisten las denominadas *situaciones de emergencia* que dan lugar al nacimiento de una regulación prevista para hacerles frente a aquéllas y a las que denominaremos *instituto de emergencia*.

Pero, si estas restricciones excepcionales a los derechos fundamentales nacen y se aplican dentro del orden constitucional, ellas se encuentran sujetas también a los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, esto es los principios de reserva de la intimidad y de legalidad (art. 19 C.N.), el principio de igualdad (art. 16 C.N.) y el principio de razonabilidad (art. 28 C.N.), que exige que toda restricción a un derecho, para ser razonable y, por ende, válida, debe estar justificada en una finalidad de bien común, debe ser un medio adecuado para alcanzar el fin propuesto y debe guardar proporción entre la magnitud de la afectación del derecho y el mal que se pretende

⁹ Lalane, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles”, *Prodentia Iuris*, núm. 79 de 2015, p. 30.

¹⁰ CSJN, 14/12/1927, “*Cía. Azucarera Tucumana c/ Pcia. De Tucumán*”, Fallos 150:150.

evitar.¹¹ Además, si las situaciones de emergencia que pueden legitimar estas restricciones extraordinarias son transitorias y temporales, como hemos visto, necesariamente estas últimas también lo deben ser, como *conditio sine qua non* para su validez constitucional y legitimidad.

El Estado Constitucional de Derecho puede defenderse legítimamente a sí mismo y al bien común mediante institutos de emergencia generados en su propio seno y sujetos a límites y controles. Pero en otros casos, la situación de emergencia o necesidad termina generando una suerte de consenso en una concentración del poder en grado extremo que nos coloca frente a un supuesto de “destrucción, desplazamiento o suspensión de la Constitución”, que se da cuando ésta “va perdiendo vigencia ante el avance de vigencias contrarias, que significan la afirmación de una constitución nueva y distinta, normada en general extralegalmente y a veces parcialmente mediante leyes anticonstitucionales”.¹² Es, en definitiva, la noción de “estado de excepción” de Carl Schmitt,¹³ entendido como la facultad por principio ilimitada que tiene un soberano para dictar la suspensión del orden vigente en su totalidad, por lo que considera que es soberano quien decide el estado de excepción.

Ese parece ser hoy el dilema de los Estados Constitucionales del mundo entero: afrontar la situación de emergencia global provocada por la pandemia desde institutos de emergencia generados dentro de sus respectivos órdenes constitucionales y, por tanto, sujetos a límites y controles o bien, provocar una destrucción, desplazamiento o suspensión de sus constituciones para lograr una mayor eficacia en ese objetivo.

En un meduloso trabajo sobre el tema que nos ocupa, Fix Zamudio hace esa distinción, calificando de “patológica” la segunda opción, precisamente porque “su propósito no fue la conservación del régimen democrático en esas situaciones excepcionales”,¹⁴ a la vez que señala que la primera opción, es decir los institutos de emergencia sujetos a la Constitución, “se ha vigorizado en los últimos años”.

Tampoco podemos perder de vista que esta cuestión no puede analizarse hoy únicamente desde el punto de vista de la compatibilidad del régimen de emergencia con la constitución de cada Estado, porque la mayoría de éstos se ha incorporado a sistemas supranacionales (regionales e

¹¹ Véase CIDH, Resolución N°1/2020, parte resolutive, puntos 3.f y g, 21 y 28.

¹² Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediar, 1964, t. 1, p. 182.

¹³ Este concepto es desarrollado por el citado autor en su obra “*Teología Política*”.

¹⁴ Fix Zamudio, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Vol. 37, n. 111, par. 13 y 14.

internacionales) de protección de los derechos humanos que provocan la necesidad de replantear el concepto de soberanía y tener en cuenta la noción de *bien común universal*.¹⁵ Esto dificulta abordar los estados de excepción desde la perspectiva de Schmitt, vinculándolos a la noción de soberanía, porque muy probablemente la sustitución, desplazamiento o suspensión de la Constitución, también habrá de implicar una violación de compromisos internacionales.

Fix Zamudio sostiene que en los países latinoamericanos “las muy diferentes regulaciones nacionales sobre los estados de excepción... han sido modificadas, algunas de manera expresa, por las normas internacionales y, por esto, los estados de emergencia están sujetos a las modalidades, principios y condiciones establecidas por los instrumentos internacionales”.¹⁶

En el mismo sentido, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “la Democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos” por lo que “reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia”.¹⁷

III. LA EMERGENCIA EN LA CADH Y EN LA CIDCP

La Convención Americana de Derechos Humanos ha contemplado y regulado el efecto de la emergencia sobre los derechos en su art. 27 que contempla los casos de “*guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte*”. La fórmula, como puede apreciarse, tiene la suficiente amplitud para dar cabida a todo tipo de situación de emergencia, cualquiera sea la causa que la provoque, en tanto reúna las exigencias que hemos analizado anteriormente.

La situación de emergencia faculta al Estado a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, dentro de los siguientes límites: a) la suspensión debe ser razonable y guardar proporción con “*las exigencias de la situación*”; b) también debe ser transitoria, “*por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación*”; c) no deben ser incompatibles con las demás obligaciones que impone el Derecho In-

¹⁵ Fernandez Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 164.

¹⁶ Fix Zamudio, *op. cit.*, par. 64.

¹⁷ CIDH, Resolución 1/2020, punto B-II.

ternacional; *d*) no deben entrañar discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; *e*) en ningún caso pueden suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, los principios de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, los derechos relativos a la protección de la familia, al nombre, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para proteger esos derechos.

Como requisito formal para poner en vigencia la suspensión de los derechos por razones de emergencia, la CADH exige una inmediata comunicación a los demás Estados Parte, por intermedio del secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación se ha suspendido, los motivos en que se funda y el plazo de vigencia de la suspensión.

La CIDCP, en su art. 4º regula la cuestión en términos casi idénticos, requiriendo —claro está— que la comunicación de la medida se efectúe por intermedio del secretario general de las Naciones Unidas.

IV. LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ARGENTINO

1. *Previsiones constitucionales expresas*

La Constitución Argentina contiene normas referidas a la emergencia, lo que revela que *ab initio* el constituyente entendió que ésta era materia que era susceptible de estar regulada, limitada y controlada por el Estado Constitucional de Derecho. Podemos distinguir tres categorías de normas relativas a esta materia: 1) Unas que contemplan medidas aisladas excepcionales que puede adoptar el Estado en ciertas circunstancias de emergencia, pero que no implican un estado de emergencia generalizado; 2) Otras que prohíben en forma terminante determinados institutos, cualquiera fuere la situación de emergencia que se presente y 3) Otras que regulan institutos de emergencia para determinadas situaciones.

En el primer grupo encontramos el art. 75 inc. 2 CN, cuyo texto que en esta parte se mantiene proviene de la Constitución histórica de 1853, que faculta al Congreso Nacional a establecer “por tiempo determinado” impuestos internos directos, como regla reservados para las provincias, cuando “la defensa, seguridad común y bien general del Estado” lo exijan. A ello se suma, a partir de la reforma de 1994, la atribución excepcional de asumir

potestades legislativas por el Poder Ejecutivo, de manera unilateral en casos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 C.N.) o por delegación del Congreso (art. 76 C.N.).

En el segundo grupo encontramos dos prohibiciones terminantes;

- Una que había establecido ya el texto histórico: conceder a los órganos ejecutivos federal o provinciales facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Para esta hipótesis el constituyente ha tipificado un delito constitucional y califica a sus autores de “*infames traidores a la patria*” (art. 29 C.N.).
- La otra prohibición, introducida por la reforma de 1994 es la de suspender la vigencia de la Constitución, que surge del art. 36 C.N. cuando dispone que “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*”.

En el tercer grupo, o sea como institutos de emergencia de carácter general, la Constitución Argentina ha previsto sólo dos, en normas que provienen del texto histórico y en lo esencial no han sido alteradas por reformas posteriores: a) El estado de sitio, para los casos de ataque exterior o conmoción interior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella (art. 23 C.N.) y b) La intervención federal a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires en casos de alteración de la forma republicana de gobierno en una provincia, de ataque exterior y de sedición o invasión de otra provincia que hayan depuesto o amenacen con deponer a sus autoridades constituidas (art. 6 C.N.).

2. *Institutos de emergencia no previstos expresamente en la Constitución*

Fácilmente se comprueba que las causales previstas para los dos únicos institutos de emergencia de carácter general regulados expresamente en el texto constitucional, contemplan únicamente situaciones generadas por causas políticas. No hay forma de dar cabida en esas normas a otras situaciones de emergencia generadas por hechos humanos de otro carácter, como podrían ser crisis económicas o sociales, ni por hechos de la naturaleza como inundaciones, terremotos u otras catástrofes o, como hoy acontece, una pandemia.

Sin embargo, partiendo de la idea según la cual la adopción de medidas extraordinarias frente a situaciones de emergencia genuinas, que realmente ponen en peligro a la comunidad o a su Constitución, es una consecuencia del “*derecho natural de autoconservación de la comunidad y del Estado*”,¹⁸ la legislación ordinaria, unida a jurisprudencia de la Corte Suprema que la fue convalidando ha creado en nuestro ordenamiento jurídico institutos de emergencia no contemplados en el texto constitucional pero que en las últimas décadas se han generalizado en su aplicación, en especial la emergencia económica.

El precedente más remoto está en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1922 en “*Ercolano c/ Lanteri de Renshaw, Julieta*”,¹⁹ que declaró válida la ley que, en el marco de una fuerte crisis habitacional y para evitar abusos, reguló el precio de los alquileres, afectando el derecho de libre contratación. Pero fue en el caso “*Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Raúl*”,²⁰ cuando declaró constitucional una ley de moratoria hipotecaria, donde se sentaron las bases del instituto de la emergencia económica, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados en “*Misouri v. Holland*”²¹ y en “*Home Building v. Blaisdell*”.²²

Se señaló allí, citando esa fuente, que los requisitos básicos para que procedan las restricciones excepcionales a los derechos en estas situaciones no previstas constitucionalmente eran: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la restricción al derecho sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la hicieron necesaria; 5) debe tratarse de un auténtico estado de necesidad, es decir una circunstancia de hecho excepcional.²³

Al no estar regulado el instituto en la Constitución Nacional, por aplicación de la regla que surge de la doctrina general de la emergencia, corresponde que sea declarada por el Congreso de la Nación y así se ha procedido en la mayoría de los precedentes.

¹⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 588.

¹⁹ CSJN, Fallos 136/170.

²⁰ CSJN, Fallos 172:21.

²¹ 252 US 416 (1920).

²² 290 US 398 (1934).

²³ CSJN, “*Ghinaldo*”, Fallos 202:456.

Tratándose de situaciones de emergencia que carecen de regulación constitucional específica la Corte Suprema ha dicho que las restricciones que se impongan a los derechos no pueden importar “una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales”.²⁴

De allí se desprende que lo que autoriza la emergencia es a postergar temporalmente el ejercicio del derecho, pero no a alterarlo, desconocerlo o menoscabarlo. Mediante el control de razonabilidad se determinará entonces si la medida restrictiva preserva la integridad del derecho aunque postergue su ejercicio, en cuyo caso será válida o, por el contrario, lo altera o desnaturaliza, en cuyo caso será inconstitucional.

V. EL ABUSO DE LA EMERGENCIA

La historia nos revela que en muchos casos se han utilizado los institutos de emergencia, no como remedio extremo para situaciones excepcionales en las que se encuentra en juego la convivencia social o el orden constitucional, sino como herramienta ordinaria de gobierno y concentración de poder. Es decir que han sido utilizados con una finalidad distinta de la que les da justificación o sustento. Por eso Hernández dice, con razón, que esto ha provocado la decadencia de nuestro Estado de derecho.²⁵

El uso abusivo del estado de sitio, tanto por la cantidad de veces que ha sido declarado,²⁶ cuanto por la desmesurada duración en el tiempo de algunos de ellos²⁷ y de las emergencias económicas que comenzaron a declararse en Argentina a partir de la ley 23.696,²⁸ pone en evidencia que los institu-

²⁴ CSJN, “Peralta” consid. 43 y 44, LL 1991-C, 158, con cita de Fallos 243:467.

²⁵ Hernández, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, México, UNAM, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 67 y ss.

²⁶ Véase Ziulu, Adolfo Gabino, *Estado de sitio ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires, Depalma, 2000. Desde 1853 hasta aquí el estado de sitio ha sido declarado en cincuenta y tres ocasiones, lo que hace un promedio de casi una declaración de estado de sitio cada tres años, lo que indicaría que nuestro país debería haberse hallado al borde de la disolución con esa frecuencia, lo que a todas luces se advierte excesivo.

²⁷ La presidente María E. Martínez de Perón declaró el estado de sitio por decreto 1368 del 6/11/1974 y el gobierno de facto que la desplazó del poder lo mantuvo hasta el 28/10/83.

²⁸ En 1989, la ley 23.696 declaró formalmente la emergencia económica en cuyo marco se dictó el decreto 36/90, que dispuso que los depósitos bancarios a plazo fijo fueran pagados

tos de emergencia han sido empleados más como pretexto para concentrar un margen de poder que como instrumentos para superar situaciones excepcionales de necesidad colectiva. Cuando lo transitorio se transforma en permanente, queda de manifiesto que existe una invocación espuria de la emergencia.

Este estado de cosas ha podido consolidarse porque el Poder Judicial no siempre ha cumplido con su función de custodia de la supremacía de la Constitución y en ocasiones mantuvo una actitud complaciente argumentando en la teoría de la no judicialidad de las cuestiones políticas que, parafraseando a Ricardo Haro, podemos decir que en estos casos importa, no una actitud de prudencia, sino de evasión judicial.²⁹

VI. LA EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID-19 EN ARGENTINA

Debemos comenzar reiterando que, como ya se ha analizado, está fuera de toda duda que la situación generada por la pandemia de Covid-19 constituye verdadera situación de emergencia global, pero en la Argentina se da la particularidad de que ésta irrumpe en un marco de crisis preexistente, motivada en gran medida por problemas económico-financieros, que ya había motivado la declaración por el Congreso de la Nación de la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social³⁰ mediante Ley 21.541 sancionada el 21 de diciembre de 2019.

El Poder Ejecutivo se apoyó en la emergencia declarada por aquella Ley, cuyos alcances fueron ampliados por un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 260/20). Sobre la base de esa emergencia así declarada, se dispusieron en ese mismo acto las primeras restricciones a los derechos, que originariamente fueron muy leves, principalmente medidas preventivas, suspensión transitoria de vuelos de zonas afectadas y aislamiento obligatorio por 14 días para contagiados, “casos sospechosos”, contactos estrechos y quienes arribaban desde zonas afectadas.

con bonos del Estado Nacional y la ley 23.982 que facultó al Estado a pagar sus deudas con bonos. En el año 2002 se dicta la ley 25.561 que declara una nueva emergencia económica por dos años y fue prorrogada sucesiva e ininterrumpidamente por las leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896 y 27200, hasta el 31 de diciembre de 2017.

²⁹ Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, 2002, pp. 173 y ss.

³⁰ Ley 27541.

Pero a partir de allí se desencadena una sucesión de Decretos de Necesidad y Urgencia que generan un grado de restricción a los derechos como no se había conocido jamás. El aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el D.N.U 297/20 del 20/3/20 importó la obligación de toda persona, como regla, de permanecer en su residencia o en el lugar en que se encontrara a las 0 horas del día 20 de marzo, de abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Esa medida, que originariamente se dispuso para regir hasta el 31 de marzo, fue prorrogada en su vigencia de manera sucesiva hasta llegar al 24 de mayo próximo, aunque con flexibilizaciones (mayor cantidad de personas exceptuadas) en zonas con menor contagio.

En primer lugar, conviene destacar que se advierte una clara intención de encuadrar las medidas de emergencia invocadas dentro del orden constitucional. Es una señal clara de ello el hecho de que en la fundamentación del decreto mencionado en último término se invocan las disposiciones del art. 14 C.N. y también las de los arts. 12 inc. 3º del PIDCP y 22 inc. 3º de la CADH, que contemplan las razones de salud pública como causales que habilitan restringir el derecho de libre circulación y residencia.

Claramente hay en los fundamentos del decreto una argumentación que permite descartar una voluntad de apartarse del orden constitucional. Podría cuestionarse sí que el encuadramiento se haya hecho en disposiciones que se refieren al ejercicio ordinario del poder de policía de salubridad, cuando en rigor estamos frente a restricciones graves y excepcionales que más bien deberían buscar anclaje normativo en el art. 4 del PIDCP, en el art. 27 de la CADH y en la doctrina jurisprudencial de la emergencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si las normas se fundan en una emergencia sanitaria previamente declarada por ley, que resultó fuertemente agravada por la llegada de la pandemia.

Es que, no hace falta demasiado esfuerzo para comprender que la norma que nos ocupa no sólo restringe la libertad de circulación, sino que ella afecta una inmensa cantidad de derechos y libertades constitucionales más, en un grado nunca antes visto. Está afectada la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita y la de comerciar, salvo para aquellos que se dedican a una de las actividades exceptuadas; también la libertad de ingresar al país a consecuencia del cierre de fronteras, lo que resulta particularmente gravoso para los argentinos que por cualquier motivo se encontraban fuera del país transitoriamente a la fecha de adopción de tales medidas. Están restringidas también fuertemente la libertad religiosa y la libertad de reunión, ya que no están permitidas estas últimas, ni las ceremonias religiosas públicas.

Y, aunque la restricción se atenúa con el uso de la tecnología y las modalidades virtuales, también está afectada la libertad de enseñar y aprender.

Además, otras normas complementarias que se han ido dictando afectan otros derechos como el de propiedad, con el congelamiento de cuotas hipotecarias³¹ o de alquileres con más prórroga de contratos y suspensión de desalojos.³² También la libertad de contratación con la prohibición de despidos.³³

Los casos mencionados bastan para comprender que es tan amplia la nómina de derechos cuyo ejercicio aparece restringido en grado sumo, que en la práctica, la regla de la libertad del art. 19 C.N. según la cual lo que no está prohibido por la ley está permitido, parece haberse invertido y hoy, en general, si lo que quiero hacer no está permitido expresamente (comprendido en una excepción) es altamente probable que esté prohibido.

Lo dicho no importa abrir juicio sobre la validez de las restricciones mencionadas que, si bien hemos dicho son graves, también es de inusitada gravedad el riesgo para la salud pública que provoca la pandemia. Lo que se ha pretendido al enumerar los derechos afectados es simplemente poner en evidencia que no se trata aquí del mero ejercicio del poder de policía sanitario ordinario, sino de poner en vigencia un instituto de emergencia de carácter general.

Sí parece correcto haber encarado esta situación de emergencia como un instituto de emergencia no regulado en el texto de la Constitución, a semejanza de lo que aconteció con la emergencia económica. Hay quienes han cuestionado diciendo que debió haberse declarado el estado de sitio para dar sustento constitucional a las restricciones a los derechos que se imponen, pero esa postura pierde de vista que este instituto ha sido previsto en el art. 23 C.N. como un instituto para hacer frente sólo a las emergencias políticas. Aunque asumiéramos —haciendo un esfuerzo— que la pandemia pudiera asimilarse al supuesto de “comoción interior” que prevé esa norma, no habría forma de sostener que ella pone en peligro el ejercicio de la Constitución Nacional o las autoridades creadas por ella, que es el otro requisito que prevé la norma para configurar la causal.

El estado de sitio ha sido pensado para otro tipo de casos y, por eso, las atribuciones especiales, excepcionales que le asigna al Presidente, además de poder imponer restricciones mas graves a los derechos que las tolerables en tiempos de tranquilidad, se circunscriben “*respecto de las personas a arrestar-*

³¹ DNU 319/20 del 29/3/20.

³² DNU 320/20 del 29/3/20.

³³ DNU 329/20 del 31/3/20.

las o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino”.

En cuanto a las restricciones graves a los derechos, no hace falta el estado de sitio para que sean válidas. Idénticas razones a las que se utilizaron para convalidar la emergencia económica bastan y sobran para justificar la emergencia sanitaria. Me atrevo a decir que con mayor razón. En cuanto a la facultad de arrestar y trasladar a las personas, no es algo que el Ejecutivo haya pretendido hacer hasta aquí y no se advierte para qué podría necesitar hacerlo en orden a combatir la pandemia. Por otra parte, si se hubiera declarado el estado de sitio y arrestado a alguna persona: ¿Cómo podría llegar a hacerse efectivo el derecho de opción a abandonar el país mediando el cierre de fronteras?

Parece claro que basta la declaración de emergencia sanitaria por ley, para habilitar las restricciones excepcionales a los derechos, cuya validez constitucional y legitimidad deberá ser susceptible de contralor judicial de razonabilidad en los términos y con los alcances de la doctrina de la emergencia a la que ya nos hemos referido.

Ahora bien, hay al menos dos cuestiones que merecen ser observadas en cuanto a la vigencia efectiva de esta emergencia sanitaria en la Argentina.

En primer lugar, la inacción de los Poderes Legislativo y Judicial, pone en riesgo el principio republicano porque traspasa en la práctica una cuota de poder al Ejecutivo que resulta incompatible con aquél. En efecto, si la emergencia permite un ejercicio más enérgico por parte del Presidente de sus atribuciones constitucionales, en igual medida debiera fortalecerse la energía del control de parte de los otros dos poderes. En lo político y económico financiero el Legislativo y el Judicial en lo jurídico, controlando que las restricciones a los derechos se ajusten a los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad.

Pero, aunque las cámaras del Congreso de la Nación han tenido recientemente cada una su primera sesión virtual, han permanecido inertes durante casi dos meses, durante los cuales el Ejecutivo ha dictado veinte decretos de necesidad y urgencia. No se alcanza a comprender cuál es el motivo por el cual las sesiones de las cámaras deban ser virtuales. Si quienes se dedican a “actividades y servicios esenciales” han sido exceptuados de cumplir el aislamiento social preventivo y obligatorio, ¿por qué no pueden los legisladores desplazarse hasta el recinto? O, en todo caso, si el ámbito utilizado a esos fines normalmente no tiene el espacio suficiente para respetar el “distanciamiento social” necesario para prevenir los contagios ¿por qué razón no se buscó y habilitó un espacio mayor?

No parece sostenible argumentar que los legisladores no estaban mencionados entre los casos exceptuados del aislamiento en el decreto 297/20, porque repugnaría al principio de independencia de los poderes el solo pensar que los senadores y diputados dependen de una autorización del Presidente de la Nación para poder trasladarse desde su casa hasta el Congreso.

El mismo argumento y los mismos interrogantes valen para los jueces y funcionarios del Poder Judicial que también entró en una prolongada feria, de manera que el acceso a la justicia les quedó restringido a los habitantes de la Nación, precisamente en tiempos de fuertes restricciones a los derechos. Personas que se veían impedidas de trasladarse desde el lugar donde los sorprendió la medida de aislamiento obligatorio hasta sus domicilios personales o de ejercer otros derechos humanos, veían seriamente dificultado su derecho a la jurisdicción con un Poder Judicial en feria.

Por otra parte y, vinculado con el estancamiento del Poder Legislativo, podemos advertir que entre los muchos decretos de necesidad y urgencia dictados en los últimos dos meses, hay algunos que resultan difíciles de vincular con las necesidades públicas para hacer frente a la pandemia. Así por ejemplo la modificación del presupuesto dispuesta por DNU 457/20 del 11/5/20, máxime cuando amplía fuertemente las atribuciones del Jefe de Gabinete para realizar reasignaciones presupuestarias, produciendo así un traspaso a este órgano, dependiente del Ejecutivo, de atribuciones que la Constitución le asignó al Congreso.

VII. CONCLUSIONES

El análisis efectuado nos permite concluir que la emergencia sanitaria declarada en Argentina con motivo de la pandemia de Covid-19 ha sido correctamente declarada y, de acuerdo con la doctrina de la emergencia generada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habilita restricciones excepcionales a los derechos constitucionales que resulten adecuadas para reducir los efectos nocivos de la pandemia y sean proporcionadas, temporarias, distribuyendo su peso de manera igualitaria.

La fundamentación y el contenido general de las normas dictadas permite descartar que nos halleemos frente a un estado de excepción que pretenda prescindir de la Constitución, sino mas bien que se subordina a ella, lo que no obsta a que se adviertan algunas disposiciones y comportamientos de los órganos del Estado que resultan discutibles e incluso objetables desde el punto de vista constitucional.

Sin embargo, como ocurre siempre con este tipo de cuestiones, está siempre latente el riesgo de que se incurra en abuso de la emergencia que, de persistir, podría deslizar imperceptiblemente el instituto desde una emergencia dentro de la Constitución, como se ha declarado a sí mismo, hacia una suspensión o incluso destrucción de la Constitución.

Un ejercicio vigoroso de sus facultades de control, del Congreso en lo político y del Poder Judicial en lo jurídico y tutela de los derechos humanos, es sin lugar a dudas lo único que puede garantizar la continuidad plena de la vigencia de la Constitución, aún dentro de las limitaciones que trae aparejada la emergencia.