

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

**UNA CONSTITUCIÓN PARA TODAS LAS ÉPOCAS.
ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE PANDEMIA**

GUILLERMO E. BARRERA BUTELER.¹

MAGDALENA I. ÁLVAREZ.²

JOSÉ M. PÉREZ CORTI.³

VICTORINO SOLÁ.⁴

“Like any brittle thing, a Constitution that will not bend will break”,

Richard A. Posner; *Not a Suicide Pact.*

The Constitution in a Time of National Emergency, Oxford

University Press,

Oxford, 2006, p. 1.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Ordinario de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adjunta de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Posgrado.

³ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Ayudante de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado.

⁴ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado.

I. EL TRATAMIENTO DE LA[S] EMERGENCIA[S] EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ARGENTINO

I.I. La antesala de la emergencia sanitaria desencadenada por el COVID-19. A propósito de la arquitectura teórica de la[s] emergencia[s]

1. A fin de que se aprecie la trascendencia del asunto que convoca la atención del lector, ¿podría, acaso, reconocerse -con valor definitivo- que la emergencia no está más que compuesta por una variedad de eventos o acontecimientos en particular, esto es, las emergencias?, ¿O, en contraste, sería completo adentrarse en el estudio de tales situaciones sin indicar algunas reglas y principios capaces de explicar a todo suceso en este terreno, es decir, desde el enclave de una teoría general de la emergencia?

Por lo pronto, ha de apuntarse que la ‘emergencia’ “*debería connotar un tipo de necesidad caracterizada por su ‘extrema gravedad’, por su ‘imprevisibilidad’ y por requerir remedios excepcionales de ‘aplicación restrictiva’ (en lo material, en lo subjetivo, en lo espacial y en lo temporal)*”⁵. De allí que los escenarios de excepción no son -no pueden, ni deben ser- momentos de reforma. Durante su vigencia, la institucionalidad está seriamente conmovida. El equilibrio de poderes y, con él, el resguardo adecuado y eficaz de derechos y garantías que se encuentran decididamente afectados.

Precisamente -en contextos de emergencia- se impone la equivalente limitación del ejercicio del poder por los órganos del Estado encargados de afrontar la situación, con un objetivo principal e insoslayable: restablecer la regularidad constitucional inmediatamente⁶.

Una ‘situación de emergencia’ es, por ende, un período acotado de excepcionalidad normativa, gubernamental y social, que limita con mayor intensidad los derechos, y sólo tiene por finalidad gestionar en episodios de crisis las disposiciones inmediatas e imprescindibles que permitan superar el trance en cuestión y restablecer la regularidad y estabilidad constitucional que garantiza el más amplio debate democrático y republicano⁷.

⁵ Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, 2º ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. II, p. 687.

⁶ Cfr. CSJN, F. 172:21 (“Avico”, 1934); F. 327:3852 (“Zavalía”, 2004); por mencionar algunos precedentes.

⁷ Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, Ciencia, Derecho y Sociedad (FD-UNC), Córdoba, 2015, t. I, pp. 304/312. Rosatti no duda en señalar que

Dicho esto, nadie puede negar que, en toda situación de crisis y excepcionalidad, los lineamientos fundamentales a seguir sean, como mínimo, los siguientes:

1. La *Constitución* debe ser nuestro principal e ineludible protocolo de actuación;
2. El paradigma a seguir en y durante la crisis es el del modelo de *gobierno abierto*;
3. La clave o núcleo operativo para la sociedad es la *accesibilidad*;
4. Debe tenerse en cuenta que hay *dinámicas federales* centrífugas y centrípetas;
5. No debe permitirse que la emergencia contagie y afecte los contenidos de la *república* y la *democracia*.

Esto es así si hay acuerdo en que, en una situación de emergencia, la *calidad institucional* es el objetivo primordial para evitar la *deconstrucción de derechos* en favor de totalitarismos inicialmente presentados como excepciones justificadas que, luego, se van consolidando -con carácter definitivo- a lo largo del tiempo, más allá de la evolución de la crisis que le diera origen.

Tal como nuestra Corte federal lo ha entendido, “*la emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido o reservado*”. No se trata de atribuir al Estado potestades que antes no tenía, sino únicamente de admitir “*el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad*”⁸. Incluso, esa arraigada línea de razonamiento judicial se reedita actualmente: “*es precisamente en contextos de emergencia (...) que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos*”⁹.

Los constitucionalistas -desde antaño- han abonado tal tesis (la de respuestas que ofrezcan ‘salidas institucionales’ en momentos críticos);

“*la emergencia debe resolver y no causar (o agravar) la necesidad grave e imprevisible*” (Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. II, p. 687).

⁸ Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. I, p. 309, con citas de CSJN, entre ellas F. 172:21 (“Avico”, 1934) y F. 200:450 (“Martini”, 1944).

⁹ Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“Fernández de Kirchner”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

siendo así, las afirmaciones de Westel W. Willoughby sirven de muestra al respecto: ni nuevos poderes son proveídos a los órganos estatales, ni ninguna extensión arbitraria de autoridad les es reconocida -de la misma manera que tampoco las relaciones de los ciudadanos con el Estado son alteradas-, puesto que durante épocas de emergencia la necesidad sólo demanda, naturalmente, la ejecución de actos que en la tranquilidad no resultarían exigidos, sin perjuicio de que tal obrar es, de hecho, el que debe ser fiscalizado ante toda interferencia sobre los derechos cuya justificación no pueda derivarse de una necesidad -actual o razonablemente presumida-¹⁰.

De tal suerte, los gobiernos deben actuar siempre dentro de la Constitución, asumirla como su fundamental e innegociable protocolo de actuación, y adoptar e implementar políticas de gobierno abierto de cara a transparentar y facilitar la accesibilidad, comprensión y participación ciudadana en las medidas dispuestas en este período de excepcionalidad.

Tales asertos inaugurales revelan, enseguida, el sentido que debe darse a la respuesta acerca de qué es lo que debe hacer un gobierno legítimamente constituido cuando una potente crisis no deja de amenazar y perturbar la viabilidad de su comunidad política¹¹ -trance que, en esta coyuntura, exuda una estampa *multinivel* atento sus ribetes no sólo sanitarios sino también políticos, sociales y económicos-.

En puridad, los poderes de emergencia, desde la perspectiva del argumentario *legalista*, no son sino *poderes constitucionalizados* -en modo alguno salvajes, a todo evento disciplinados a través de variadas formas de limitaciones normativas-¹². En la adjudicación de tal nota hay, por supuesto, una diferencia de foco con los portavoces de un discurso *extralegalista*, comprometidos con la idea que la verdadera naturaleza de tales episodios críticos obsta a que resulten predichos, racionalizados, ni -menos todavía-normalizados jurídicamente¹³ (inclusive, ha sido frecuente -en el discurso de sus adherentes- desechar el [incómodo] *corset* legal, en la convicción

¹⁰ Willoughby, Westel, W.; *Principles of the Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis & Co., New York, 1919, p. 511.

¹¹ Scheppele, Kim, L.; "Legal and Extralegal Emergencies" en Whittington, Keith E. - Kelemen, Daniel R. - Caldeira, Gregory A. (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, & 10.

¹² Ferejohn, John — Pasquino, Pasquale; "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers", *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004) 210-239.

¹³ Schmitt, Carl; *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, pp. 6 y ss.

que una regulación normológica de la emergencia, si es posible, no haría más que contaminar al Derecho mismo al determinar que atienda prácticas que, necesariamente, lo pondrán en jaque, contrariarán o hasta estropearán)¹⁴.

2. Ahora bien, es cierto que el constituyente doméstico se ha ocupado del tema de ‘las emergencias’, tanto en el texto histórico como en el ejemplar reformado hacia 1994; sin embargo, el sistema constitucional argentino se ha nutrido -además- en su modelaje de las decisiones de los órganos políticos como de los avales jurisprudenciales que auspiciaron, a la larga, la operatividad de otros institutos orientados a lidiar con situaciones de emergencia no contempladas -en forma expresa o concluyente- en la letra del documento constitucional.

No son, entonces, los poderes de emergencia -según lo previene David Dyzenhaus- agujeros negros jurídicos (*legal black holes*), esferas de acción des-conectadas del Derecho¹⁵. Al contrario, una descripción de su horizonte jurídico (por cierto, tarea propia del campo de una teoría general de la emergencia), podría comenzar por un ejercicio de clarificación encaminado a distinguir, cuanto menos, las siguientes alternativas: *a*) institutos contemplados explícitamente -en el sector de la emergencia- por nuestra Ley Fundamental; *b*) institutos de emergencia tácitos, implícitos o sobrentendidos; *c*) respuestas a la emergencia con respaldo en cláusulas convencionales.

I.1.a La emergencia en el dominio de las previsiones constitucionales expresas

Ante el dilema respecto de los efectos de la emergencia en el orden jurídico, esto es, si el Derecho excepcional y transitorio que se genera para darle respuesta se encuentra al margen de la Constitución o, por el contrario, nace dentro de ella y sujeto a sus limitaciones, nuestra Carta

¹⁴ Agamben, Giorgio; *State of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 32. Sobre el debate alrededor de la distinción entre excepción y emergencia como en torno a los diferentes modelos de gestión de las crisis desatadas, véase en extenso Solá, Victorino; “Grupos vulnerables y emergencia sanitaria. ¿En torno al diseño de un control diferenciado de convencionalidad?”, IJ Editores [en prensa], Buenos Aires, 2020, & 6.

¹⁵ Dyzenhaus, David; *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3.

Magna parece dar una llana contestación. En efecto, tal como se anticipa, la existencia de normas constitucionales sobre esta cuestión revela que *-ab initio-* el constituyente argentino entendió que tal materia era susceptible de regulación, limitación y contralor por el Estado constitucional y convencional de Derecho. Todo ello, sin duda, constituye, *per se*, una definición en este tema.

Se podrían distinguir, entonces, tres categorías de preceptos constitucionales relativos a un contexto de emergencia: (i) unos contemplan medidas aisladas y excepcionales que puede adoptar el Estado en ciertas circunstancias, aunque no implican un estado de emergencia generalizado y extendido; (ii) otros prohíben, en forma terminante, la activación de determinados institutos, cualquiera fuere el escenario de emergencia presentado ante los operadores de la Constitución; (iii) otros, finalmente, regulan institutos de emergencia en vista del suceso de determinadas y precisas situaciones.

Dentro del primer grupo, es posible identificar:

a) El artículo 75, inciso 2 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), cuyo texto -que en esta porción proviene de la versión histórica de 1853-, faculta al Congreso de la Nación a establecer “*por tiempo determinado*” impuestos internos directos (como regla reservados a las provincias) cuando “*la defensa, seguridad común y bien general del Estado*” lo exijan.

b) A ello se suma, a partir de la reforma de 1994, la asunción excepcional de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo, sea de manera unilateral en supuestos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, CN), sea por delegación del Congreso (art. 76 CN).

En un segundo plano, se registran dos prohibiciones terminantes:

a) Una de ellas se debe a la previsión del constituyente histórico de 1853, consistente en la proscripción de conceder al órgano ejecutivo (federal o provincial) facultades extraordinarias, la suma del poder público, sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Incluso, para esta hipótesis, hasta se ha tipificado un delito constitucional, en mérito del cual se califica a sus autores de “*infames traidores a la patria*” (art. 29, CN).

b) El otro obstáculo ha sido introducido por la reforma de 1994, a través de la interdicción de todo acto u hecho de suspensión de la vigencia de la Constitución, pues el artículo 36 de la CN prescribe: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*”.

Por lo restante, la tercera gama de institutos de emergencia sobresale por el carácter general y de gran alcance, aunque -interesa hacerlo notar- nuestra Constitución ha previsto sólo dos, en normas que provienen del documento histórico y que -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, CN).

b) La intervención federal a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) en supuestos de alteración de la forma republicana de gobierno, de ataque exterior y de sedición o invasión de otra provincia que hayan depuesto o amenacen con deponer a sus autoridades constituidas (art. 6, CN).

Es evidente que estos dos institutos de emergencia difieren –claramente- en sus efectos: mientras el primero afecta los derechos y garantías de las personas, el segundo, en cambio, perturba la autonomía de los aludidos sujetos de la relación federal (provincias y CABA).

I.I.b Sobre los institutos de emergencia no previstos formalmente en la Constitución

Basta una simple lectura de los enunciados normativos precedentemente reseñados para comprobar que los motivos allí previstos contemplan únicamente situaciones generadas por causas *políticas*.

No hay, siendo así, forma de cobijar episodios de emergencia generados por hechos humanos de otro carácter: *v.gr.*, crisis económicas o sociales. Tampoco hechos de la *naturaleza*: *v.gr.*, inundaciones, terremotos, catástrofes, etc., descontando -como hoy acontece con la pandemia causada por el virus *COVID 19*- otras calamidades como la propagación de

enfermedades epidémicas que se extienden a lo largo de extendidas áreas geográficas (v.gr., peste bubónica, tifus, gripe española, cólera, etc.)

Sin embargo, debería enfatizarse que si la adopción de medidas extraordinarias supone el acontecer de situaciones de emergencia ‘fidedignas’ (aquellas que *realmente* ponen en peligro a la comunidad o a su Constitución), ello no es sin más una consecuencia del “*derecho natural de auto-conservación de la comunidad y del Estado*”¹⁶, sino -también- un indicador de una arraigada práctica de su convalidación por la legislación ordinaria, unida a otra de índole jurisprudencial a instancia de la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), en virtud de la cual se han construido -en nuestro ordenamiento jurídico- institutos de emergencia no contemplados *ad litteram* en el texto de la Constitución pero que, principalmente en las últimas décadas, se han divulgado en la conducta de sus operadores -en especial, la emergencia económica-.

A nivel judicial, el precedente más remoto parece remontarse al fallo “Ercolano, A. c/ Lanteri de Renshaw, J.”¹⁷, en el que la CSJN declaró -en 1922- la validez de una la ley que, en el marco de una intensa crisis habitacional y para evitar impactos desproporcionados en sectores vulnerables, reguló el precio del canon locativo -afectando, entonces, el derecho de libre contratación-.

Luego, la Corte nacional hubo de pronunciarse -en 1934- en el caso “Avico, Oscar A.”¹⁸. Allí sostuvo la constitucionalidad de una ley de moratoria hipotecaria, con arreglo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que -excepcionalmente- había convalidado este tipo de medidas en el marco de la gran depresión de 1930, principalmente en la causa “Missouri vs. Holland”¹⁹ y a instancias de los argumentos del *Chief Justice* Charles E. Hughes en ocasión del célebre pronunciamiento en el asunto “Home Building & Loan Association vs. Blaisdell”²⁰.

Se señaló -en la aludida oportunidad- que los requisitos básicos para la procedencia de restricciones excepcionales a los derechos en situaciones no predichas en cláusulas constitucionales, consisten en la concurrencia de

¹⁶ Sagüés, Néstor P.; *Derecho Constitucional. Estatuto del poder*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, pp. 702 y ss.

¹⁷ CSJN, F. 136:170.

¹⁸ CSJN, F. 172:21.

¹⁹ 252 US 416 (1920).

²⁰ 290 US 398 (1934).

los siguientes extremos: (i) existencia de una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; (ii) la finalidad legítima de la ley radica en la protección de intereses generales de la sociedad -y no a favor de determinados individuos-; (iii) la razonabilidad de la restricción al derecho, de manera que acuerde un alivio justificado por las circunstancias; (iv) el carácter temporal de la limitación, confinándola al lapso indispensable para que desaparezcan las causas que la tornaron necesaria.

También se ha observado que esta tipología de emergencia no regulada por el constituyente en modo alguno engendra noveles poderes, pues únicamente “*se manifiestan nuevas dimensiones del poder político, un ejercicio más pleno y diverso, superior a su actuación ordinaria*”²¹.

Ellas han sido conceptualizadas -por la Corte federal- en estos términos: “*Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución*”²². Debe tratarse, por consiguiente, de la ocurrencia de un auténtico estado de necesidad de tal modo que se configure una circunstancia de hecho excepcional²³.

Al no estar regulado el instituto de emergencia económica en nuestra Constitución, 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, inclusive, lo refrendan la mayoría de los precedentes-.

Tratándose de situaciones de emergencia que carecen de regulación constitucional específica, la CSJN ha dicho que las restricciones 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*

²¹ Haro, Ricardo; *Derecho constitucional argentino*, Advocatus, Córdoba, 2003, p. 267.

²² CSJN, F. 313:1513 (“Peralta”, 1990).

²³ CSJN, F. 202:456 (“Ghiraldo”, 1945).

emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales”²⁴.

De allí se desprende que, en rigor, lo que autoriza la emergencia económica es la *postergación temporal* del ejercicio del derecho, pero no su alteración, desconocimiento, menoscabo, desnaturalización, etc. A todo evento, será mediante el *test de mera razonabilidad* que se determinará si la medida restrictiva preserva la integridad o contenido esencial del derecho, aunque posponga su ejercicio por el titular, en cuyo caso será válida o, por el contrario, lo trastorna o descompone a tal punto que -indefectiblemente- importará una medida inconstitucional.

De esa manera, entra en juego la inspección judicial de constitucionalidad en torno a la validez de las medidas adoptadas como actos de aplicación del instituto de emergencia, donde el juzgador verificará su ajuste a los límites impuestos por los principios de reserva, legalidad, razonabilidad e igualdad. La diferencia radica en que -en la situación de emergencia- el bien común reclama sacrificios notoriamente más *intensos* al ejercicio de los derechos, que los que requiere la simple convivencia en tiempos de normalidad y, en consecuencia, los estándares de razonabilidad variarán -también- notablemente. De tal manera, restricciones que no tolerarían ni remotamente el escrutinio de razonabilidad en circunstancias normales, sí resultan proporcionadas y, por ende, razonables durante la emergencia.

Los requisitos de *justificación* y *adecuación* resultarán corroborados contrastando, desde un punto de vista técnico, que la restricción en cuestión resulte un medio idóneo para alcanzar la finalidad de bien común que se propone, esto es, superar la situación de emergencia, aunque -como se ha dicho- “*no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parcial*”²⁵.

En cuanto al juicio de *proporcionalidad*, cabe destacar que es, acaso, el que se presta a mayores controversias, puesto que para decidir si el gravamen que ocasiona a la comunidad es más o menos grave que el daño que se pretende sortear, entran en juego criterios de valoración que involucran diversos aspectos de índole axiológica, filosófica, política, ideológica, etc.

Además, la prueba de razonabilidad de la restricción no debe hacerse sólo en abstracto, sino que es necesario -además- contemplar las particu-

²⁴ CSJN, F. 313:1513, con cita de F. 243:467 (“Russo”, 1959).

²⁵ Cianciardo, Juan; “Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación”, SAIJ DACF03001.

laridades del caso concreto que pueden tornar irrazonable en ese contexto específico lo que, en condiciones generales, es razonable. Ello explica que la incautación por el Estado de los depósitos bancarios contra entrega de un título público pagadero a diez años, fuera considerada razonable en general en el citado caso “Peralta” aunque, luego, se descartara su compatibilidad constitucional en la causa “Iachemet” en función de que la afectada era una persona mayor²⁶. A su turno, otro tanto aconteció con el régimen de consolidación de deudas del Estado, debido a que se ha considerado congruente con la Constitución en general, pero no así en una controversia en el que el crédito era una indemnización por daños físicos en la persona y el acreedor debía afrontar inmediatamente gastos médicos²⁷.

I.I.c La respuesta a la emergencia a través del bloque de constitucionalidad

Al haberse incorporado -a partir de 1994- una gama de instrumentos internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad argentino, por imperio del artículo 75, inciso 22 de la CN, aquéllos resultan granjeados con jerarquía constitucional y constituyen un elemento de peso en la evaluación de la *performance* de los institutos de emergencia, pues -desde que, también, en ellos se albergan estipulaciones referidas al asunto- nada obsta presentar la imagen de una ‘Constitución convencionalizada de la emergencia’²⁸.

²⁶ CSJN, F. 316:779 (“Iachemet”, 1993), al concluir que la Ley de Consolidación n.º 23982 no respetaba la exigencia de restricción *temporal* al principio constitucional de la cosa juzgada, de modo de no *degradar su sustancia*, en tanto se aplicaba a una persona jubilada de 93 años de edad, pues -conforme al desenvolvimiento natural de los hechos- resultaba virtualmente imposible que llegara a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de *res iudicata*.

²⁷ CSJN, F. 318:1593 (“Escobar”, 1995), en el entendimiento que lucía incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN, la aplicación de la indicada ley de consolidación a la indemnización en disputa, si la reparación integral exigía la atención inmediata de la ceguera y del sistema auditivo del justiciable -cuanto de sus restantes afecciones de orden psíquico y estético-.

²⁸ En torno a esta imagen -y sus consecuentes problematizaciones alrededor de una construcción convencional sin límites-, puede profundizarse en Solá, Victorino; “Los silencios en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ¿un juego de matrioskas?”, RDP, 7 (2019) 56-126. Igualmente son de utilísima orientación las reflexiones alrededor de la interpretación del texto constitucional nacional a la luz de la doctrina del control de convencionalidad (y su fulcro a través de la ‘Constitución convenciona-

Así, es frecuente que se evoque la impronta del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH), al contemplarse -como situaciones de emergencia- 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 albergar todo suceso de emergencia, cualquiera sea la causa que la provoque, en tanto reúna las exigencias glosadas con anterioridad.

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*” porque “*la suspensión del goce y ejercicio de determinados derechos no implica que los mismos sean completamente inaplicables, ya que aun durante un estado de emergencia es necesario analizar la proporcionalidad de las acciones adoptadas por las autoridades estatales*”²⁹.
- b) También debe ser transitoria, “*por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación*”³⁰.
- c) No deben ser incompatibles con las demás obligaciones que impone el Derecho internacional.
- d) No deben entrañar discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

lizada’) en la obra de Sagüés, Néstor, P.; *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2014, pp. 323 y ss., 356.

²⁹ Cfr. Corte IDH, caso “J. vs. Perú”, Sent. de fecha 27/11/2013, Serie C. n.º 275, p. 141.

³⁰ Cfr. Corte IDH, caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sent. de fecha 4/7/2007, Serie C, n.º 166, p. 47, aunque con la siguiente aclaración: si bien es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre conforme a la Convención, lo cierto es que -a juicio del Tribunal de San José- los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.

- 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.

En sentido próximo, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha manifestado que para que se justifique un estado de excepción es necesario: *a*) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; *b*) que ésta afecte a toda la población, y *c*) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad³¹.

Sentado ello, en lo que incumbe a la situación de emergencia desatada por la pandemia del COVID-19, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha dicho que las medidas restrictivas de los derechos que se adopten -con fundamento en la emergencia sanitaria global- deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias, proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el Derecho interamericano de los derechos humanos³².

Por otra parte, merecen ser especialmente recordados los requisitos formales para poner en vigencia la suspensión de los derechos por razones de emergencia. En efecto, la CADH exige una inmediata comunicación a los demás Estados Parte, por intermedio del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), de las disposiciones cuya aplicación se ha suspendido, los motivos en que se funda y el plazo de vigencia de la suspensión.

Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que en la jurisprudencia interamericana prevalece una *tendencia interpretativa rígida* en cuando a la validez de restricciones a los derechos fundadas en la emergencia, atento que “*no es suficiente que los Estados emitan leyes de emergencia en*

³¹ Cfr. ECHR, “Lawless vs. Ireland (n.º 3)”, judgment of 1 July 1961, Series A n.º 3, p. 14, & 28.

³² Cfr. Corte IDH; Declaración n.º 1/2020, de fecha 9/4/2020, “Covid y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con la perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, & 4.

uso de la potestad conferida por el art. 27 CADH”, sino que la Corte IDH analiza la forma y el fondo de éstas a la luz de la CADH, aplicando criterios de proporcionalidad aun en estados de emergencia³³.

Por lo restante, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) regula la cuestión en términos semejantes, requiriendo -claro está- que la comunicación de la medida se efectúe al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas.

II. EL FENÓMENO DEL ABUSO DE LA EMERGENCIA. ALGUNOS PERCANCES A RAÍZ DE NO TOMARSE EN SERIO LA VOCACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

3. Una rápida revisión del orden real de las conductas de los operadores de nuestra Constitución (atesoradas a lo largo de la historia institucional argentina) revela que los sucesivos detentadores del poder, *de facto* y *de iure*, han puesto en marcha y mantenido -con frecuencia- diferentes institutos de emergencia, aunque no como un remedio extremo para capear situaciones excepcionales en las que se encuentran en juego la convivencia social o el orden constitucional, sino como un poderoso instrumento de gobierno empleado con el propósito de lograr -incluso, en el devenir ordinario- una mayor concentración de su mando.

La aguda crítica de Hans Kelsen captó -hace antaño- el punto, al pregonar que tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que “*el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del estado de necesidad*”³⁴.

Con tal alcance, los institutos de emergencia expresamente previstos en la Carta Magna han sido esgrimidos con una finalidad distinta a las que les brinda respaldo constitucional y tal práctica -incluso, desde la perspectiva de principios suprapositivos- deriva en un “abuso del Derecho”. De allí

³³ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos de coronavirus. Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana”, en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 14.

³⁴ Kelsen, Hans; *Teoría General del Estado*, Nacional, México, 1979, p. 206.

que algunos especialistas observan, con razón, que esto ha provocado, al fin de cuentas, la decadencia de nuestro Estado constitucional de Derecho³⁵.

Interesa llamar la atención, *v.gr.*, que el estado de sitio ha sido utilizado abusivamente: a más de la *cantidad* de oportunidades en las que se pronunció (desde que Justo J. de Urquiza lo impulsara, por vez primera, en 1854 hasta aquí, se registran -por lo menos- 53 declaraciones a tenor de la última registrada en 2001³⁶), se advierte que las situaciones de emergencia invocadas no han reunido las *condiciones* de gravedad y excepcionalidad demandadas por un genuino (y no espurio) estado de necesidad.

Sin embargo, igualmente ha sido desmedida -por su desmesurada extensión- el lapso de duración de algunos de ellos, en especial el que se declaró por el gobierno constitucional en 1974, al extenderse -después de su derrocamiento por un gobierno de facto y hasta el retorno democrático a la vigencia global de la CN- por un total de 9 años³⁷. Todo ello revela el desconocimiento palmario del principio de limitación temporal y, lo más acuciante aún, su transformación en una respuesta frecuente y regular que debió haber sido extraordinaria y temporal.

Algo similar acontece con las emergencias económicas ventiladas a partir de la Ley n.º 23696³⁸; basta retener que la crisis económica -que irrumpió en 2001- auspició una declaración de emergencia económica que prolongó su vigencia por 15 años³⁹, durante los cuales nuestra República pasó del *default* a un período de bonanza económica sin precedentes en

³⁵ Cfr. Hernández, Antonio M.; *Las emergencias y el orden constitucional*, UNAM, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 67 y ss.

³⁶ Véase en extenso Ziulu, Adolfo Gabino; *Estado de sitio ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

³⁷ Durante la presidencia de María E. Martínez de Perón se declaró el estado de sitio por Decreto n.º 1368, de fecha 6/11/1974, mientras que el gobierno de facto, que la desplazó ilegítimamente, hubo de mantenerlo hasta el 28/10/1983.

³⁸ En 1989, la Ley n.º 23696 declaró formalmente el estado de emergencia en torno a la situación económico-financiera (a más de en lo tocante a la prestación de servicios públicos, ejecución de contratos a cargo del sector público, etc.), en cuyo marco se dictó el Decreto PEN n.º 36/90 mediante el cual se dispuso que los depósitos bancarios a plazo fijo fueran pagados con bonos del Estado Nacional -de suerte tal que la Ley n.º 23982 facultó al Estado a pagar sus deudas con bonos-.

³⁹ En 2002 se sanciona la Ley n.º 25561, la que declara -en su art. 1- una nueva emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria por dos años, pese a que resultó prorrogada -sucesiva e ininterrumpidamente- por las Leyes n.º 25820, 25972, 26077, 26204, 26339, 26456, 26563, 26729, 26896 y 27200 hasta el 31 de diciembre de 2017, sin perjuicio de que, luego, la Ley n.º 27345 prorro-

todos los países de la región, principalmente por el alza de los precios de los *commodities* en general (que, en la cartera argentina, se materializara primordialmente en las exportaciones de soja y productos vacunos).

Tales vigencias in-constitucionales lejos están de reenviar, cegar o completar la imprevisión de los autores de la CN; por el contrario, desvelan que los institutos de emergencia han sido empleados contrariando francamente disposiciones constitucionales, cual *pretexto* para centralizar y fortalecer mayores cuotas de poder de sus titulares o ejercitadores (sin perjuicio de consultar el objetivo de desbordar las restricciones -aun presentes, por imperio constitucional, durante la emergencia- al ejercicio del poder en forma más enérgica que la admisible en la normalidad), en lugar de su aplicación como instrumentos de gobernanza -prácticamente de *ultima ratio*- para el abordaje y superación de situaciones excepcionales, graves y temporales de necesidad colectiva. En rigor, cuando lo transitorio se transforma en permanente, se torna patente que los detentadores del poder vacían de contenido la *épica -legítima- de la emergencia constitucional* y tropiezan, así, con su invocación infiel, con su manipulación engañosa, con su gestión desleal, etc.

Tal *status quo* infractor de la letra y espíritu de las cláusulas constitucionales (un auténtico embuste a la Constitución), ha podido consolidarse -más de una vez- por medio del incumplimiento por el Poder Judicial (y hasta exiguo despliegue también) de su función de custodio de la supremacía constitucional en contextos de emergencia, máxime cuando -en no pocas ocasiones- ha mantenido una actitud complaciente, bajo el pretexto de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, lindante con una reprochable postura de *evasión* judicial -extraña, por cierto, a las exigencias de un obrar prudencial-⁴⁰.

gó -hasta el 31 de diciembre de 2019- la emergencia social en los términos de la Ley n.º 27200.

⁴⁰ Cfr. Haro, Ricardo; *Constitución, poder y control*, UNAM, México, 2002, pp. 173 y ss.

III. LA DECLARACIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 Y SUS ALCANCES: ¿UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA AUTÓNOMA O EL AGRAVAMIENTO DE UN ESTADO CRÍTICO REINANTE?

4. A esta altura, es indudable que el escenario desencadenado por el contexto epidemiológico suscitado por el COVID-19 se erige en una *auténtica* situación de emergencia global, aunque en la realidad argentina se constata, de inmediato, la siguiente particularidad: su irrupción en un estado de crisis preexistente, motivado -en gran medida- por cíclicas dificultades económico-financieras y sociales. En efecto, desde fines de diciembre de 2019 se contaba con una declaración, por parte de la Congreso de la Nación y en los términos del artículo 76 de la CN, de una emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Tal era, por cierto, el alcance del artículo 1 de la Ley n.º 27541, entre cuyas bases de delegación sólo se consignaban reseñas a la sostenibilidad de la deuda pública, reestructuración tarifaria del sistema energético, promoción de la reactivación productiva, consecución de sostenibilidad fiscal, recuperación salarial de sectores vulnerables, etc. Al margen de referencias atinentes al suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles, etc. (art. 2, inciso *f*, Ley n.º 27541), lo cierto es que -a la fecha de su sanción- todavía no se habían vislumbrado en el país los primeros brotes de casos confirmados de COVID-19.

Sin embargo, ante la divulgación de la potencia que la crisis de salud experimentaba -principalmente- en el continente europeo y en virtud de la declaración por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) del brote del nuevo coronavirus como una pandemia, el Presidente de la República se respaldó en los aspectos sanitarios expresamente previstos por la Ley n.º 27541, con el propósito de ampliar sus alcances por el plazo de un año y respecto de medidas sanitarias en relación al COVID-19 (art. 1, DNU n.º 260/2020).

Algunos especialistas han cuestionado que las circunstancias fácticas que tuvo en miras el legislador para declarar la emergencia sanitaria no son coincidentes con los que motivaron la emisión del DNU n.º 260/2020, al punto que se afirma que, así, no solamente se habría derivado de aquélla

otra especie de emergencia, bajo el argumento de reputarla sobreentendida en las mallas de unos de los aspectos de la anchurosa emergencia pública activada legislativamente, sino -también- que la contemplada por el citado decreto de necesidad y urgencia no tendría más respaldo que ese mismo acto declarativo unilateral del Ejecutivo nacional.

Aun cuando el reproche pudiere resultar parcialmente de recibo, difícilmente puede concluirse que ha mediado, con tal proceder, un exceso de las atribuciones presidenciales sobre el punto. Precisamente la situación fáctica que evaluó el Congreso de la Nación para declarar la emergencia sanitaria fue la insuficiencia de medios e infraestructura del sistema sanitario argentino para hacer frente a los requerimientos ordinarios de la atención de la salud de la población, de allí que es evidente que el inminente arribo de la pandemia (máxime ante la identificación de zonas afectadas por ella, de estar al art. 4 del DNU n.º 260/2020) provocaría, a la postre, un agravamiento en la accesibilidad tanto de los insumos como de los efectores de salud en ocasión de dar una respuesta de prevención, atención, contención y mitigación al COVID-19.

En suma, más que ante una novata y distinta situación de emergencia, el Presidente de la República debió lidiar con el notorio agravamiento de la misma realidad fáctica por una circunstancia sobreviniente que, de tal forma, potenciaba la gravedad, excepcionalidad y transitoriedad del estado de necesidad que las medidas legislativas de emergencia pública se orientaban a enfrentar.

Por lo demás, cualquier duda que pudiera generarse sobre el tópico quedaría desvanecida con la ratificación posterior del Congreso Nacional, desde el instante en que dicho trámite obtuviera media sanción de la Cámara de Senadores por unanimidad⁴¹ (atento que un eventual rechazo por parte

⁴¹ Disponible en <https://www.senado.gob.ar/prensa/18376/noticias>, en la que también se ratificaron los DNU n.º 274/2020 (prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de 15 días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso), n.º 287/2020 (modificación del DNU n.º 260 /2020 sobre ampliación de la emergencia por el plazo de un año), n.º 297/2020 (medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año), n.º 311/2020 (prohibición de suspensión -por las empresas prestadoras- de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital), n.º 312/2020 (suspensión hasta el 30 de abril de 2020, inclusive, de la obligación de proceder al cierre de cuentas bancarias y a disponer la inhabilitación establecidas en el art. 1 de la Ley n.º 25730, como así

de la Cámara baja, no tendría efectos derogatorios conforme la previsión del artículo 24 de la Ley n.º 26122).

Sobre la base de tal emergencia, se dispusieron -en ese mismo acto- las primeras restricciones al ejercicio de los derechos, las que, por cierto, originariamente resultaron leves: *v.gr.*, acciones preventivas; suspensión transitoria de vuelos de zonas afectadas; aislamiento obligatorio por 14 días para personas contagiadas -a más de los “casos sospechosos”, contactos estrechos y quienes arribaban desde zonas afectadas-; suspensión de eventos masivos; etc., sin perjuicio de que -según el art. 21 del citado DNU- se estipulaba que las medidas sanitarias debían ser “*lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables*”, de tal modo que

también la aplicación de las multas previstas en dicha legislación), n.º 313/2020 (ampliación de los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de fronteras y cualquier otro punto de acceso dispuesto por el Decreto N° 274, hasta el 31 de marzo de 2020, inclusive), n.º 316/2020 (prórroga hasta el 30 de junio de 2020, inclusive, del plazo establecido en el último párrafo del art. 8 de la Ley n.º 27541 para que los contribuyentes puedan acogerse el Régimen de Regularización), n.º 319/2020 (suspensión de las ejecuciones hipotecarias y el congelamiento, hasta el día 30 de septiembre del corriente año, del valor de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino), n.º 320/2020 (suspensión, en todo el territorio nacional y hasta el día 30 de septiembre del año en curso, de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el art. 9 y el congelamiento de precios de alquileres), n.º 325/2020 (prórroga de la vigencia del DNU n.º 297/2020 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive), n.º 326/2020 (constitución del Fondo de Afectación Específica con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo, por parte de MiPyMES), n.º 329/2020 (prohibición, por el plazo de 60 días a partir de su publicación, de los despidos sin justa causa y por las causales de disminución de trabajo y fuerza mayor, como también aquellas suspensiones por las causales de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo), n.º 331/2020 (prórroga de la prohibición de ingreso al territorio nacional hasta el día 12 de abril de 2020, inclusive.), n.º 332/2020 (creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la Emergencia Sanitaria), n.º 347/2020 (creación del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción), n.º 355/2020 (prórroga del régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el día 26 de abril de 2020, inclusive), n.º 365/2020 (prórroga del cierre de fronteras), n.º 367/2020 (inclusión de la enfermedad COVID-19 producida por el Coronavirus SARS-COV-2 como enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del art. 6 de la Ley n.º 24557.) y n.º 376/2020 (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción).

se asegurara a las personas el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud, a la atención sin discriminación y al trato digno.

No obstante, se constata -a partir de allí- una sucesión de decretos de necesidad y urgencia que generaron una escalada en el grado de restricción al goce de los derechos: desde limitaciones a la libertad de circulación (nacional e internacional), pasando por restricciones al ejercicio de actividades económicas, industriales, comerciales, etc., hasta agudas limitantes alrededor de derechos religiosos, sociales, culturales, familiares, recreativos, deportivos, etc. Y ello así en función de que la medida de *aislamiento social, preventivo y obligatorio* -dispuesta por el DNU n.º 297/2020- 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-, como también la de abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos.

Tal régimen, que originariamente se dispuso para imperar hasta el 31 de marzo, fue prorrogado de manera sucesiva prácticamente hasta el 8 de noviembre (*cf.* DNU n.º 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 754/2020, 792/2020 y 814/2020), aunque con flexibilizaciones (a través de un catálogo de excepciones concernientes a las personas afectadas con motivo de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia: *v.gr.*, personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo; autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la CABA; trabajadores del sector público nacional, provincial, municipal y de la CABA, convocados por las respectivas autoridades; personal de los servicios de justicia de turno; etc.) y su articulación con la posterior implementación de la medida de *distanciamiento social, preventivo y obligatorio* para todas las personas que residan o transiten en aquellos aglomerados urbanos, partidos y departamentos de las provincias argentinas en los que verifiquen, en forma positiva, una serie de parámetros epidemiológicos y sanitarios (a saber: *a*) el sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria; *b*) el aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen transmisión comunitaria sostenida del virus; *c*) la razón de casos confirmados, calculada según un cociente variable entre el total de casos confirmados de las últimas 2 semanas epidemiológicas cerradas y el total de casos confirmados correspondientes a las dos semanas previas, debe ser inferior

a un determinado guarismo (*v.gr.*, 0, 8 con arreglo al DNU n.º 792/2020 y n.º 814/2020, debido a que, por lo menos hasta el DNU n.º 714/2020, se consignaba que el tiempo de duplicación de casos no debía ser inferior a 15 días).

5. No hace falta demasiado esfuerzo para comprender que las disposiciones aludidas no sólo restringieron la libre circulación de las personas (urbana, interurbana, interjurisdiccional e internacional), sino que impactaron -afectándolo- en el goce de un vasto universo de derechos y libertades constitucionales: *v.gr.*, a trabajar, ejercer industria lícita, de culto, de reunión, de enseñar y aprender, etc., aun cuando -en algunos supuestos- las limitaciones se atenuaran mediante el uso de la tecnología. Además, por cierto, de normas complementarias que conmueven el pleno ejercicio de otros derechos: *v.gr.*, el de propiedad con el congelamiento de cuotas hipotecarias⁴², el de libre contratación con prórrogas de contratos locativos y suspensión de desalojos⁴³, al igual que con la prohibición de despidos y suspensiones laborales⁴⁴.

No es un dato menor el potencial riesgo de injerencias a la intimidad y privacidad de las personas, en la hipótesis de un despliegue abusivo, ilegal o desmedido de los medios virtuales de vigilancia empleados para rastrear la propagación del virus, o bien, almacenando -en forma masiva- datos que, en muchos casos, hacen al mundo privado de las personas.

Por otra parte, de manera indirecta, las medidas de emergencia afectan derechos económicos y sociales, principalmente de quienes pertenecen a los grupos humanos vulnerables. En especial, por la secuela de desocupación que traen aparejada, lo que repercute no sólo en el derecho al trabajo, sino también en otros: *v.gr.*, a la vivienda, alimentación, vestimenta, protección de la familia, nivel de vida adecuado, acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias, material de bioseguridad, etc.

Los casos mencionados bastan para comprender que ha sido tan amplia la nómina de derechos cuyo ejercicio apareció restringido en grado sumo, que -en la práctica- la regla de la libertad del artículo 19 de la CN (según la cual lo que no está prohibido por la ley está permitido), pareció invertirse: si lo que la persona aspiraba hacer no estaba permitido expresamente (o sea comprendido en una excepción), era -altamente- probable que se considerara prohibido.

⁴² Cfr. DNU n.º 319/2020 de fecha 29/3/2020.

⁴³ Cfr. DNU n.º 320/2020 de fecha 29/3/2020.

⁴⁴ Cfr. DNU n.º 329/2020 de fecha 31/3/2020.

De estar al texto de las normas que sirven de base a esta emergencia sanitaria, se advierte una clara intención de encuadrar las medidas de emergencia dentro del orden constitucional. Es una señal clara de ello el hecho de que -en la fundamentación del Derecho de emergencia- se invocan no solamente las disposiciones del artículo 14 de la CN sino también las de los artículos 12, inciso 3, del PIDCP y 22, inciso 3, de la CADH. Estas últimas cláusulas convencionales contemplan las razones de salud pública como causales que habilitan restringir el derecho de libre circulación y residencia. No obstante, el encuadramiento normativo dista de resultar exento de reproches, pues no debió valerse de preceptos referidos al ejercicio ordinario del poder de policía de salubridad. Por el contrario, ante el espectáculo de circunstancias graves y excepcionales se imponía hallar el anclaje normativo en el artículo 4 del PIDCP como en el artículo 27 de la CADH, como apoyatura en la jurisprudencia constitucional y convencional en materia de emergencia.

Lo dicho, claro está, no importa abrir un juicio sobre la validez de las restricciones mencionadas que, si bien se ha dicho son gravosas, también es de inusitado riesgo el peligro para la salud pública que con ellas se pretende superar -con la aclaración que no se trata aquí del mero ejercicio del poder de policía sanitario de índole ordinaria, sino de un instituto de emergencia de carácter general-.

En contrapunto, 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-.

No podría desconocerse que algunos doctrinarios han cuestionado este aserto, en el entendimiento que debió acudir al estado de sitio si se aspiraba a dotar de sustento constitucional a las fuertes restricciones impuestas, pero esa postura pierde de vista que aquél instituto de emergencia (previsto en el artículo 23 de la Carta Magna), ha sido programado para resistir sólo emergencias *políticas*. Incluso, de asumirse -haciendo un esfuerzo argumentativo- que la pandemia pudiera asimilarse al supuesto de “comoción interior” -mencionado en tal precepto constitucional-, muy trabajosamente podría superarse el hecho que la situación epidemiológica producida por el COVID-19 pone en peligro el ejercicio de la Constitución o las autoridades creadas por ella (en tanto requisito necesario para configurar la indicada causal), de la misma manera que tampoco podría desecharse que el estado de sitio faculta al Presidente *“respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino”*.

Por lo demás, en cuanto a las restricciones graves a los derechos, no era menester la declaración del estado de sitio para que sean válidas: idénticas razones a las que se utilizaron para convalidar las que se impusieron sobre la base de la declaración de emergencia económica, bastan y sobran para justificar las de la emergencia sanitaria; al propio tiempo, debería insistirse, en lo atinente a la facultad de arrestar y trasladar a las personas, que no es una atribución que el Ejecutivo ha pretendido desplegar hasta aquí (tampoco se advertiría para qué necesitaría ponerla en juego en orden a combatir la descrita pandemia), al margen de la imposibilidad material de efectivizar, llegado el caso, el derecho de opción -a favor del afectado- para abandonar el país (atento las limitaciones a la circulación internacional que habilitó la normativa de emergencia).

IV. EL IMPACTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD: ¿ES EL COVID 19 UN VIRUS IGUALITARIO? (O CÓMO LA PANDEMIA DESNUDA LAS DESIGUALDADES Y LOS REMEDIOS PARA COMBATIRLAS)

6. No viene mal recordar, a la hora de examinar su repercusión en el ejercicio de los derechos fundamentales (al margen de lo ya adelantado en el punto III de esta entrega), el modo en que nace una pandemia y puede, a la larga, llegar a comprometer la realización del deseo colectivo de igualdad radical e intensificar la vulnerabilidad de las personas -tal como lo alerta Judith Butler⁴⁵-. Y ello, ante el brote y circulación -con todo, ajenos a la idea misma de territorio nacional- de la enfermedad infecciosa ocasionada por un integrante de una familia extensa de coronavirus: el SARS-CoV-2, conocido comúnmente a través del acrónimo COVID -19.

Ahora bien, el 31 de diciembre de 2019 la República Popular China comunica a la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la aparición de casos de neumonía producidos por un virus desconocido. Por entonces, la ciudad de Wuhan [武汉市], ubicada en la confluencia de los ríos Han y Yangtsé en la provincia Hubei [湖北], era sólo un lugar lejano del que pocos, en occidente, habían escuchado hablar. Fue en un mercado de esa ciudad donde se habría producido la trasmisión del virus de un animal a un ser humano. Rápidos en buscar un culpable, la responsabilidad se

⁴⁵ Cfr. Butler, J.; “Capitalism Has Its Limits”, <https://www.versobooks.com/blogs/4603-capitalism-has-its-limits> (recuperado el 10 de septiembre de 2020).

le imputó al murciélago y al pangolín, este último comercializado en forma ilegal en mercados orientales, luego absuelto por ausencia de compatibilidad genética⁴⁶.

Sin embargo, no fue exactamente una rebelión animal lo que motivó la emergencia sanitaria. Fue, en cambio, la falta de reacción oportuna de los seres humanos. Ello pues, sólo unos años antes el mundo había sido testigo de las epidemias SARS (2002)⁴⁷, H1N1 (2009)⁴⁸ y el MERS (2012)⁴⁹. En menos de veinte años -y en un mundo altamente interconectado- un nuevo virus muta, infecta al ser humano y viaja con él, tomando trenes y aviones que lo trasladan primero entre ciudades, luego entre países y, rápidamente, entre continentes.

Vista desde esta perspectiva, no cabe duda que el virus no discrimina a nada ni nadie: pasa de animal a humano, pone en vilo a China, muestra imágenes de Nueva York desierta, afecta la semana de la moda en Milán y silencia la bulliciosa Madrid. Se trata, podría decirse, de un virus igualitario, que no conoce fronteras.

La afirmación que antecede, sin embargo, podría ser objetada si el acento no se pone en el contagio sino en la gravedad y mortalidad de la enfermedad. En este sentido, podría afirmarse -y no sin razón- que, si bien las niñas y niños pueden contagiarse, lo harían con menor frecuencia que los adultos y éstos transitarían la enfermedad en forma más leve que los ancianos. De igual manera, pese a que la enfermedad afecta tanto a varones como mujeres, aquéllos la padecerían en forma más grave, mientras que éstas transitarían modalidades más leves, lo que incidiría en la mayor mortalidad de los primeros. Y, finalmente, la enfermedad se ensañaría más con quienes presentan ciertas patologías de base, como enfermedades crónicas cardíacas, pulmonares, renales, hepáticas, sanguíneas o metabólicas.

Pero la mirada propuesta pretende subrayar que estas variaciones, si bien son extremadamente relevantes, no dependen tanto del huésped sino

⁴⁶ La Vanguardia. 27/02/2020. <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20200227/473809390510/origen-coronavirus-covid-19-pangolin.html> (recuperado 30 de junio de 2020).

⁴⁷ OMS, (2003)<https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2003/pr56/es/>(recuperado 30 de junio de 2020).

⁴⁸ OMS (2010)https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/es/(recuperado 30 de junio de 2020).

⁴⁹ OMS (2019)[https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-\(mers-cov\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-(mers-cov)) (recuperado 30 de junio de 2020).

de precondiciones de quien lo hospeda. Esas precondiciones (y no el virus) son las que hacen la diferencia.

Además, si esta mirada se amplía y comienzan a desagregarse datos en relación a quienes son los más afectados en cada sociedad, queda en evidencia que el virus se infiltra por las grietas de inequidades que encuentra a su paso. Lo que hace, en consecuencia, es revelar mapas de desigualdades que preexisten a su llegada.

En el Reino Unido, por ejemplo, un estudio elaborado por *Public Health England* muestra que las personas que viven en zonas desfavorecidas presentan tasas más altas de contagio y muerte. También que las personas pertenecientes a grupos étnicos africanos y asiáticos presentan tasas de mortalidad más alta que las pertenecientes a grupos étnicos blancos⁵⁰.

A la misma conclusión se llega si se toma en cuenta el lugar de nacimiento, siendo más las muertes de las personas nacidas fuera del Reino Unido e Irlanda que de las nacidas en esos países, presentándose el mayor incremento entre nacidos en África, el Caribe, Sudeste Asiático y Medio Oriente⁵¹.

En Estados Unidos de América, por su parte, los datos desagregados por grupos étnicos muestran que los afrodescendientes y latinos tienen tres veces más probabilidades de infectarse y casi el doble de probabilidades de morir por el virus que las personas blancas. Esta disparidad se mantiene a lo largo y ancho del país, tanto en áreas urbanas como suburbanas y rurales; y en relación a todos los grupos de edad⁵².

⁵⁰ PHE publications (2020) “Disparities in the risk and outcomes of COVID-19” June 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/892085/disparities_review.pdf. (recuperado 30 de junio de 2020).

⁵¹ PHE publications (2020), cit.

⁵² Cfr. Oppel Jr., Richard, Gebeloff, Robert, Lai, K.K. Rebecca (2020) “The Fullest Look Yet at the Racial Inequity of Coronavirus”, *The New York Times*, 5.7.2020. <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/05/us/coronavirus-latinos-african-americans-cdc-data.html>. Gray, D.M., Anyane-Yeboah, A., Balzora, S. *et al.* (2020) “COVID-19 and the other pandemic: populations made vulnerable by systemic inequity”. *Nat Rev Gastroenterol Hepatol*. <https://doi.org/10.1038/s41575-020-0330-8>. (recuperado, 10 de julio de 2020).

IV.I El impacto en América Latina. Causas y consecuencias

7. Si se gira ahora la mirada hacia el sur y se centra en América Latina, se advierte que la desigualdad constituye una característica histórica y estructural de la región. No se trata sólo de desigualdad económica o de ingresos; comprende una inequitativa distribución de derechos, oportunidades, capacidades, autonomía -incluso- reconocimiento. De allí que, no resulte inadecuado que se la nomine como la región “más desigual del planeta”⁵³.

En el contexto descripto, es la matriz de desigualdad social⁵⁴ la patología de base que hace que, no sólo el virus sino también las medidas adoptadas para limitar su circulación, impacten en forma desproporcionada en los grupos más vulnerables.

En el caso argentino, la llegada de la pandemia -como se anticipa- encuentra al país en una situación de fragilidad económica y precariedad social⁵⁵. Conforme los informes técnicos publicados por INDEC, en el segundo semestre de 2019, el 25,9 % de los hogares y el 35,5% de las personas se encuentran por debajo de la línea de pobreza. Dentro de este conjunto, un 5,7% de hogares están por debajo de la línea de indigencia, lo que incluyen al 8,0% de las personas. Más alarmante aún, el 52,3% de niñas y niños menores de 14 años son pobres y un 13,6 % se encuentran por debajo de la línea de indigencia. En el período relevado, además, la pobreza crece en los partidos del gran Buenos Aires y alcanza el valor máximo de

⁵³ Cfr. Lissardy, Gerardo (2020) “Por qué América Latina es “la región más desigual del planeta” <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51390621> (recuperado 30 de junio de 2020).

⁵⁴ Esta matriz está constituida por el entrecruzamiento de distintos ejes, entre los cuales juegan un papel preponderante la condición socioeconómica, género, etnia, raza, etapa en el ciclo de vida, estatus migratorio, territorio. Cada uno de estos ejes -señala la CEPAL- tiene peso constitutivo y determinante en el proceso de producción y reproducción de las relaciones sociales. Su interacción lo largo del ciclo de vida y acumulación a través de generaciones explica el papel que desempeña cada uno de estos ejes en la estructuración de la desigualdad. CEPAL. ONU. “La matriz de la desigualdad social en América Latina”, Noviembre de 2016, p. 19. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946_es.pdf (recuperado, 30 de junio de 2020).

⁵⁵ Cfr. Ernst, Christoph y López Mourelo, Elva (2020) “El COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: *impacto y respuestas de política*”. OIT. Nota técnica, pp. 1-35. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_740742.pdf (recuperado, 30 de junio de 2020)

la serie (40,5%). Desde un punto de vista geográfico, la mayor incidencia de la pobreza en personas se observó en las regiones Noroeste y Noreste⁵⁶.

En orden a las condiciones de vida en el hogar, sólo el 75,8% de las personas habitan en viviendas cuyos materiales poseen calidad suficiente; el 5% vive en hogares con hacinamiento crítico (más de tres personas por cuarto) y el 19,6 % lo hace de dos a tres personas por cuarto. Además, el 11,8% no accede al agua corriente, el 33,7 % no tiene cloacas y el 35,3% carece de gas natural⁵⁷.

Asimismo, gran parte de las personas que se encuentran por debajo de la línea de pobreza y habitan viviendas inadecuadas se concentran en los llamados “barrios populares”⁵⁸, que son el resultado de un proceso de segregación residencial que, cuando se vincula con la transmisión del virus, genera estigmatización y retroalimenta la discriminación de la que son objeto sus habitantes⁵⁹.

Piénsese, por ejemplo, en las consignas “quédate en casa” y “lávate las manos”, que sintetizan dos de las principales medidas propuestas por la OMS para combatir la pandemia. Se trata de medidas generales que

⁵⁶ INDEC, Informe Técnico “Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos”. Condiciones de Vida. Vol. 4, n.º 4. La publicación no incluye datos desagregados por género. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_195EFE752E31.pdf. (recuperado, 30 de junio de 2020).

⁵⁷ INDEC, Informe Técnico “Indicadores de condiciones de vida de los hogares en 31 aglomerados urbanos Segundo semestre de 2019”. Condiciones de vida Vol. 4, n.º 6. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_indicadores_hogares_02_194FEEBEB8E1.pdf (recuperado, 30 de junio de 2020).

⁵⁸ Se considera “barrio popular” aquellos en los que viven al menos 8 familias agrupadas o contiguas, donde más de la mitad de la población no cuenta con título de propiedad del suelo ni acceso regular a dos, o más, de los servicios básicos (red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal). Conforme al Registro Nacional de Barrios Populares (RENABAP) existen 4.416 barrios inscriptos distribuidos en todo el país de los cuales 1776 se concentran en la Provincia de Buenos Aires. En el 98% de estos barrios la mayoría de sus habitantes no acceden a la red cloacal y en 89% de ellos la mayoría de sus habitantes no tienen acceso al servicio de la red de agua potable <https://www.argentina.gob.ar/noticias/barrios-populares> (recuperado, 30 de junio de 2020).

⁵⁹ Cfr. Rodríguez, Gonzalo Martín (2014) “Que es y que no es segregación residencial. Contribuciones para un debate pendiente”. Biblio 3W. *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. Vol. 10, <https://revistes.ub.edu/index.php/b3w/article/view/26062> (recuperado, 30 de junio de 2020). Sobre el tema, Saba, Roberto (2016) “Desigualdad estructural y pobreza”, en *Más allá de la igualdad. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI. Buenos Aires, pp. 289-302.

alcanzan a todas las personas por igual por lo que, en una primera mirada, resulta difícil tacharlas de discriminatorias.

Sin embargo, el impacto que produce sobre quienes viven por debajo de la línea de pobreza, en estado de hacinamiento crítico, sin acceso al agua corriente, resulta de cumplimiento imposible, lo que lleva a profundizar aún más la desconfianza respecto de las personas que habitan dichos barrios.

En igual sentido, en lo que atañe a la educación, la suspensión de las clases presenciales y la implementación de modalidades mediadas por tecnología repercute en forma muy distinta según el nivel económico, social y cultural de niñas y niños que asisten a los distintos establecimientos en un sistema educativo altamente segmentado. Así, se constata que niñas y niños con un nivel socioeconómico elevado migran a la modalidad virtual sin mayores inconvenientes. En cambio, en los establecimientos educativos que atienden a una población con menores recursos, ello no es posible por falta de conectividad y acceso a dispositivos virtuales, profundizando de esta manera la segmentación preexistente⁶⁰.

Pero la diferente repercusión no tiene que ver sólo con un desigual acceso a la tecnología. Tan importante -o incluso más aún- es el nivel educativo de los padres que incide y moldea el aprendizaje de los hijos. Como explica un informe de la UNDP las medidas adoptadas para evitar la circulación del virus dificultan a la escuela pública cumplir con el objetivo de interrumpir la transmisión intergeneracional de desigualdades, con lo que la brecha no sólo se profundiza sino que se proyecta hacia el futuro⁶¹.

En otro orden cabe hacer referencia también al impacto que produce la pandemia en las mujeres. Ello pues, si bien se afirma que la enfermedad

⁶⁰ En una encuesta realizada por UNICEF, en el mes de abril de 2020, el 18% de las y los adolescentes declararon no tener acceso a internet y el 37% no contar con tablet, notebook o PC para hacer las tareas escolares. Entre las familias beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) la brecha se profundiza al elevarse los porcentajes al 28% y 53% respectivamente. UNICEF. “Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana de niñas, niños y adolescentes”. <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/Covid19-encuesta-rapida-informe-educacion> (recuperado, 30 de junio de 2020).

⁶¹ UNDP. “COVID-19 and Human Development: Assessing the Crisis, Envisioning the Recovery”. <http://hdr.undp.org/en/hdp-covid> (recuperado, 30 de junio de 2020).

afecta más a los varones que a las mujeres⁶², no se publican datos de internaciones, camas críticas, uso de respiradores y muertes diferenciados por género. Tampoco se toma en cuenta que los síntomas de una enfermedad pueden no ser los mismos en varones y mujeres, con lo que podría haber un subregistro de casos respecto de estas últimas⁶³. A ello se agrega que la mayoría de quienes realizan labores sanitarias, en primera línea, son mujeres, por lo que las posibilidades de contagio se incrementan⁶⁴.

Pero la salud de las mujeres no es el único aspecto que se ve afectado por la pandemia. Ellas están también mucho más expuestas a perder sus trabajos o ver reducidos sus ingresos debido a que gran número de ellas se desempeñan en el sector informal. Ven también seriamente disminuida su productividad debido a la necesidad de dedicar muchas más horas a las tareas de cuidado de la niñez y adultos mayores, como consecuencia del cierre de escuelas y establecimientos geriátricos. Finalmente, pero no menos importante, el aislamiento incrementa el riesgo de violencia doméstica como consecuencia del aumento de tensiones en el hogar⁶⁵.

IV.II ¿Qué papel juega el Derecho?

8. Quién lea estas líneas insertas en una obra de corte jurídico puede cuestionar su ubicación, en el entendimiento de que se trata de un trabajo que hace más a una investigación sociológica que al objeto de estudio específico del ámbito del Derecho; pero esta visión se modifica si se concibe a este último como una herramienta de transformación de la realidad, transformación que necesariamente presupone su conocimiento.

⁶² La diferencia en Argentina, sin embargo, no es significativa. Conforme el parte diario emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, de fecha 7 de julio de 2020, del total de casos confirmados el 49,5% son mujeres y 50,5% varones. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/informe-diario/julio2020> (recuperado, 7 de julio de 2020).

⁶³ Criado Pérez, Carolina (2019) *La mujer invisible*. Seix Barral. Barcelona, pp. 269-298.

⁶⁴ Telam. 06/05/2020, “El coronavirus en el personal de salud: 863 casos, 63% de mujeres, y 9 muertos”, <https://www.telam.com.ar/notas/202005/460248-reporte-coronavirus-casos-trabajadores-salud-mujeres.html> (recuperado, 2 de julio de 2020).

⁶⁵ ONU Mujeres. “Covid-19 en América Latina y el Caribe: cómo incorporar a las mujeres y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis”. <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/03/covid-como-incorporar-a-las-mujeres-y-la-igualdad-de-genero-en-la-gestion-de-respuesta>. UNDP. COVID-19 and Human Development: Assessing the Crisis, Envisioning the Recovery. <http://hdr.undp.org/en/hdp-covid> (recuperados 2 de julio de 2020).

En consecuencia, una vez hecho el diagnóstico sobre la situación de *hecho* imperante en América Latina en general y en Argentina en particular, corresponde ahora detenerse en el análisis de las figuras normativas que podrían ser utilizadas para evitar que la pandemia retroalimente la matriz de desigualdad y la proyecte, incluso, sobre las generaciones futuras.

Esta propuesta parte de entender que el principio de igualdad es un instrumento indispensable para concretar ese objetivo siempre que se lo enfoque a partir de una concepción de igualdad estructural, esto es, entendida como no sometimiento o no exclusión⁶⁶.

IV.III El principio de igualdad ¿suprime o refuerza la matriz de desigualdad?

9. El principio de igualdad ante la ley se encuentra consagrado en el texto constitucional desde su sanción en el año 1853, en particular, en el artículo 16. Este principio ha sido objeto de distintas lecturas a través del tiempo; lecturas que se corresponden con concepciones diferentes respecto de lo que es la igualdad.

Así, en una primera etapa, el principio de igualdad es interpretado a partir de una concepción formal que restringe su sentido a la aplicación del Derecho⁶⁷. Desde esta óptica, para satisfacer el principio de igualdad, basta con aplicar la norma jurídica a todos los casos que caen bajo su supuesto de hecho y no aplicarla a ningún caso que quede fuera de él⁶⁸. En efecto, toda norma general y abstracta en tanto instituye una clase de iguales (los destinatarios de la norma) y una clase de desiguales (los excluidos de la aplicación de dicha norma), practica una clasificación sobre la base de uno o más rasgos o caracteres considerado/s relevante/s por el legislador que se encuentra/n presente/s en todos los elementos pertenecientes a la primera clase y ausentes en los de la segunda. Existe, en consecuencia, una relación intrínseca entre la generalidad y abstracción de la norma y la igualdad formal que consagra. La cuestión es, sin embargo, si el legislador puede elegir

⁶⁶ Cfr. Saba, Roberto (2008) “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en *“Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”*, Gargarella R. (coordinador), Tomo II, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 707. Saba, Roberto (2016) *Más allá de la igualdad. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI. Buenos Aires.

⁶⁷ Cfr. CSJN, 1875, F. 16:118; 1902, F. 95:327; 1916, F. 124:122; 1917, F. 126:280.

⁶⁸ Cfr. Ronconi, Liliana (2019) “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real.” *Isonomía*, n.º 49, pp. 105-107.

como criterio de clasificación cualquier rasgo o característica o, si por el contrario, su potestad tiene límites⁶⁹.

De allí que, en una segunda etapa, dicha concepción sea reemplazada por una lectura que se interroga, ya no sobre la estructura lógica de la norma, sino sobre su contenido o materia⁷⁰. Esta nueva mirada -sin dejar de predicar una especial deferencia hacia el legislador- requiere para que una distinción sea válida que esté basada en diferencias razonables⁷¹, y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas⁷². De esta manera la presunción de constitucionalidad que ampara los actos legislativos sólo cede si quien impugna la distinción acredita la existencia de un interés específico para objetar la discriminación legal y demuestra que ésta no guarda relación alguna con el fin que el legislador dice perseguir⁷³.

10. Ya en una tercera etapa, el principio de igualdad comienza a ser interpretado en función de la prohibición de discriminar, particularmente en aquellos casos en los que la disposición normativa utiliza un criterio “sospechoso” de discriminación⁷⁴ que, tras la reforma constitucional de 1994, se identifica con los enumerados por los tratados de derechos humanos a los que Argentina ha dado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)⁷⁵. En estos casos la presunción de constitucionalidad se invierte⁷⁶ y el trato desigual es declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales -antes que

⁶⁹ Comanducci, Paolo (2008) “Igualdad”, en F. Serrano Migallón, R. Vázquez (coord.), *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Editorial Porrúa - Facultad de Derecho UNAM, México, pp. 497-508.

⁷⁰ Ronconi, Liliana (2019), cit., p. 107.

⁷¹ Cfr. CSJN, 1940, F. 188:105; 1948, F. 210:172; 1969, F. 273:241; 1970, F. 277:357.

⁷² Cfr. CSJN, 1957, F. 238:60.

⁷³ Cfr. CSJN, 1961, F. 250:410, 1967, F. 268:415. En esta etapa, la CSJN sólo excepcionalmente declaró la inconstitucionalidad de una disposición normativa. Así lo hizo, por ejemplo, en 1972 respecto del artículo 91 del Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) que autorizaba sólo a los egresados de dicha universidad a optar por doctorarse en ella, cfr. CSJN, 1972, F. 282:30.

⁷⁴ Esta postura es sostenida por los jueces Petracchi y Bacqué en “Repetto”, CSJN, 1988, F. 311:2272, siendo adoptada por el tribunal diez años después en “Calvo y Pessini”, CSJN, 1998, F. 321: 194y se consolida a partir del caso “Hooft”, CSJN, 2004, F. 327:5118.

⁷⁵ Cfr. DADDH (art. 2); DUDH (art. 2); CADH (art. 1.1); PIDESC (art. 2.2); PIDCP (art. 2.1); etc.

⁷⁶ Cfr. CSJN, 2004, F. 327:5118; CSJN, 2006, F. 329:2986 y CSJN, 2008, F. 331:1715.

meramente convenientes- y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad⁷⁷.

11. La nueva mirada, si bien constituye un avance significativo respecto de las anteriores, sigue abordando la problemática desde una perspectiva individual, sin tomar en cuenta las circunstancias de *hecho* en las que se encuentran ciertos grupos o personas, con lo que el mismo ordenamiento jurídico se convierte en una herramienta de opresión que, lejos de romper los sistemas de jerarquía existentes, los refuerza y reproduce⁷⁸.

De allí que no resulte suficiente interpretar el principio de igualdad ante la ley a partir de una concepción de igualdad como no discriminación; cabe, en cambio, decantarse por una interpretación que procure evitar la constitución y cristalización de grupos sometidos o excluidos⁷⁹. Ello requiere un Estado activo que indague en las causas y procure quebrar la lógica de la dominación social.

Para ello cabe prestar especial atención no sólo a los actos, normas y prácticas sociales que utilizan expresamente distinciones no justificadas sino también a aquellas que, siendo aparentemente neutrales, agravan o perpetúan la situación de subordinación de grupos o colectivos.

En este último caso, para “develar” la discriminación no basta con indagar si existe intención discriminatoria; debe, en cambio, investigarse el impacto o resultado que el acto, norma o práctica social produce sobre un grupo o colectivo en función de la situación de desventaja en la que *de hecho* se encuentran. Para hacerlo, esta nueva concepción se vale de prueba estadística⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. CSJN, 2009, F. 332:433, considerando 6.

⁷⁸ Saba, Roberto (2008), cit., pp. 704 y 705. En el mismo sentido, Ronconi, Liliana (2019), cit. p. 123

⁷⁹ Saba, Roberto (2007) “(Des) igualdad estructural” en “*El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*” Alegre, M y Gargarella R (Coordinadores) Lexis Nexis. Buenos Aires, p. 187.

⁸⁰ Cfr. Grand Chamber, Case of D.H. and others vs. the Czech Republic, Application n.º 57325/00, Strasbourg, 13 November 2007, http://www.errc.org/uploads/upload_en/file/02/D1/m000002D1.pdf(recuperado 30 de junio de 2020).

IV.IV El principio de igualdad como no sometimiento. Recepción en Argentina

12. En Argentina, tras la reforma de 1994, la nueva concepción de igualdad encuentra soporte normativo en el texto constitucional, particularmente, en los artículos artículos 37 y 75, inciso 23, de la CN que incorporan las acciones positivas como instrumentos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos a favor de determinados grupos o colectivos, como niñas y niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, que identifican como merecedores de mayor protección⁸¹.

En los últimos años esta nueva mirada se asoma también en la jurisprudencia de la CSJN, en un principio, en forma incipiente y solapada con un análisis de igualdad como no discriminación. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, -hacia 2005- en el caso “Itzcovich”⁸². A su turno, hacia el año 2014, en el precedente “Sisnero”, el Alto Tribunal da un paso más. En esta causa, si bien no se desprende completamente de la lógica propia del principio de igualdad entendido como no discriminación, en lo que atañe a la pretensión colectiva, utiliza prueba estadística y advierte la presencia en la sentencia recurrida de estereotipos de género⁸³.

Finalmente, la CSJN asume -en forma expresa- esta concepción al resolver, en 2017, el asunto “Castillo”⁸⁴. En estas últimas actuaciones, afirma que la igualdad debe ser entendida no sólo desde el punto de vista

⁸¹ La protección se brinda, en consecuencia, no al individuo como persona, sino como perteneciente a un grupo o colectivo social desaventajado. De allí que la definición de los grupos merecedores de protección no se corresponda exactamente con las “clasificaciones sospechosas” del principio de igualdad como no discriminación (sexo, raza, origen nacional) sino sólo con la parte desaventajada de la relación (mujeres, afroamericanos, extranjeros). Sobre el tema, Fiss, Owen (1999) *Grupos y la cláusula de igual protección*. Traducción de Roberto Gargarella. Publicado en “Derechos y Grupos desaventajados”. Roberto Gargarella –Comp.–, Yale Law School, Gedisa, Universidad de Palermo, Barcelona, pp. 137-167. Sobre este aspecto, Añón Roig, María José (2013) “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía*, n.º 39, pp. 127-157.

⁸² Cfr. CSIN, 2005, F. 328:566. Especialmente voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 12 a 15 y Lorenzetti, cons. 11.

⁸³ Cfr. CSJN, 2014, F. 337:611. El tema es trabajado por Lobato, Julieta (2019) “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República. n.º 46, Montevideo, pp. 49-107.

⁸⁴ Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795.

del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Este análisis demanda considerar el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados.

La decisión comentada se hace eco también de la doctrina de la discriminación por el resultado en tanto reconoce que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de la apariencia neutral, agrega el tribunal, puede ocurrir que la aplicación de la norma en un contexto social concreto produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado⁸⁵. Una vez comprobado ese efecto de desigualdad, señala la CSJN, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resulta inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación⁸⁶. En definitiva, como sintetiza Gustavo Arballo, “*el control de constitucionalidad debe ser no de 180 grados (de la norma “para arriba”) sino de 360 grados (abarcando la norma y cómo funciona en el mundo)*”⁸⁷.

Cabe señalar, por lo demás, que esta concepción no es ajena al sistema interamericano de derechos humanos que ha incorporado a su agenda la problemática de la desigualdad y exclusión social, abordándola desde una perspectiva de igualdad como protección de grupos subordinados⁸⁸. Tampoco es extraña al sistema universal de protección de derechos humanos, cuyos organismos de monitoreo llaman a prestar especial atención

⁸⁵ Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795, mayoría, cons. 20.

⁸⁶ Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795, mayoría, cons. 22.

⁸⁷ Arballo, Gustavo (2017) “Educación religiosa en Salta: el nacimiento del control de constitucionalidad de normas discriminatorias encubiertas” en *Saber leyes no es saber derecho*. 12 de diciembre de 2017, <http://www.saberderecho.com/2017/12/educacion-religiosa-en-salta-el.html> (recuperado 8 de julio de 2020).

⁸⁸ Abramovich, Víctor, (2009) “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. V. 6 No. 11, *Revista SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, pp. 17-72. http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las_violaciones_masivas_patrones.htm (recuperado, 5 de marzo de 2020). Sobre el desarrollo posterior de la desigualdad estructural en la jurisprudencia de la Corte IDH ver *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, en particular, voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 72-96.

a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes, debiendo los Estados partes adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*⁸⁹.

Desde una perspectiva de derechos humanos, finalmente, esta mirada no se atempera sino que se debe profundizar en situaciones de emergencia -aun frente a la escasez de recursos-⁹⁰.

V. LAS SECUELAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA ALREDEDOR DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL PODER

13. En todos los niveles de gobierno deben identificarse los efectos que pueden, o no, generar cada decisión de excepción, para evitar que la emergencia de salud -o el virus- contagien, en nuestras sociedades democráticas, sus instituciones republicanas y representativas; más aún en un régimen federal, donde pueden registrarse flujos gubernamentales en sentido centrífugo -desde el gobierno nacional hacia las provincias- y en sentido centrípeto -desde los gobiernos provinciales y locales hacia la Nación-, lo que potencia acciones y decisiones a adoptar respecto de las realidades generales y particulares de los diversos sujetos de la relación federal.

VI La emergencia sanitaria y su efecto en el funcionamiento del sistema federal argentino

14. El suceso de una emergencia de salud de alcance global ha puesto a prueba los arreglos institucionales sobre nuestra forma de Estado (arts. 1, 5, 121, 122, 123 y 129 de la CN), desafiando, siendo así, la *performance* de nuestra relación federal. Inclusive, su influjo puede etiquetarse como *ambivalente*: por un lado, el sistema muestra un grado no desdeñable de

⁸⁹ Comité DESC, OG n.º 20. “No discriminación”, apartado 8. Comité de Derechos Humanos, OG n.º 18 “No discriminación”, apartados 9, 10, 12. Comité CEDAW, Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

⁹⁰ Comité DESC. OG n.º 2 “Medidas internacionales de asistencia técnica”, apartado 9. OG n.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, apartado 12.

coordinación y articulación interjurisdiccional entre los gobiernos de la Nación, las provincias, la CABA y los municipios, mientras que, por el otro, se advierte -a la vez- un grado innecesario de *concentración* en la toma de ciertas decisiones.

Tal como se anticipara –en la dinámica federal- se advierte que la esencia del federalismo parece albergarse, más que en una particular estructura, en un singular grupo de relaciones entre los participantes de tal sistema político en cuanto allí se combina *autogobierno y gobierno compartido*⁹¹, concertándose, así, el curso de fuerzas centrífugas y centrípetas de poder –las que perfilan, interactuando entre sí y hasta influyéndose recíprocamente, la existencia misma del Estado federal-.

Debe hacerse hincapié en que, dentro de nuestro sistema de reparto de competencias, las potestades de salud son típicamente concurrentes y, en el caso de la Provincia de Córdoba, su Constitución -en virtud de lo previsto en el art. 59-, ha puesto especial énfasis en reafirmar, para sí, el ejercicio del poder de policía en lo tocante a la legislación y administración sanitaria, sin perjuicio de que -en paralelo- los reformadores provinciales de 1987 consignaron la necesidad de concertar con autoridades federales, provinciales y municipales, al igual que con instituciones sociales públicas y privadas, la formulación y ejecución de políticas públicas en materia sanitaria.

Es evidente que medidas contempladas en el vasto cuerpo de Derecho de Emergencia vigente (detallado en el punto III), difícilmente hubieran producido los efectos pretendidos si no se hubieran integrado -al sistema de prevención, tratamiento y contención de la pandemia- las autoridades provinciales, de la CABA y de los municipios. Es que su cumplimiento *efectivo* supone –de forma imprescindible- la *presencia territorial*, de la que, precisamente, carece el nivel de gobierno central -al punto que, coloquialmente, un funcionario desde un despacho capitalino, menos aún el aparato burocrático del que se sirve, habrían logrado apuntalar las condiciones necesarias y suficientes para la operatividad útil de la batería de medidas sanitarias-.

Lo cierto es que -sea por convicción federal, sea por la fuerza de los hechos- la autoridad nacional debió recurrir a los órganos del poder local para legitimar, primero, su decisión en el anuncio del estado de emergencia de salud y convocarlos, luego, a coordinar y articular medidas orientadas

⁹¹ Cfr. Elazar, Daniel; *Federal Systems of the World*, Longman, London, 1994, p. XV.

a resistirla⁹². De allí, que se gestara una ocasión para que los gobernadores provinciales asumieran el rol de agentes naturales suyos “*para hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes de la Nación*” conforme al artículo 128 de la CN (*cf.* art. 10 del DNU n.º 297/2020), sin descuidar el ejercicio de atribuciones propias. Lo expuesto, podría identificarse como un rasgo inherente al federalismo de concertación que articula el ejercicio de las competencias.

Así, descontando que las provincias y la CABA deben realizar -en forma conjunta- con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución epidemiológica y de las condiciones sanitarias (*v.gr.*, *cf.* arts. 21 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020), debe tenerse presente que -en lo atinente a la inspección coordinada de su acatamiento- el Derecho de Emergencia ha contemplado que las autoridades de las jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en coordinación con sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la CABA y las autoridades municipales, cada una en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento de los protocolos vigentes y normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria -y, por ende, de sus normas complementarias- (*v.gr.*, *cf.* arts. 29 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020, etc.).

Otro tanto acontece con lo referente al control -por el Ministerio de Seguridad de la Nación- en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, el que deberá desplegarse “*en coordinación y en forma concurrente*” con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la CABA, con el propósito de garantizar la observancia de los regímenes de aislamiento y distanciamiento vigentes (*v.gr.*, *cf.* arts. 28 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020). Inclusive, en fecha reciente, se ha previsto que los gobiernos provinciales y el Jefe de Gobierno de la CABA dicten reglamentaciones y protocolos en virtud de las cuales se autorice el acompañamiento -durante la internación, en sus últimos días de vida- de pacientes con diagnóstico confirmado de COVID-19 o de cualquier enfermedad o padecimiento, con adecuación a “*las recomendaciones e instrucciones del MINISTERIO DE SALUD de la Nación y de la autoridad sanitaria provincial o de la Ciudad Autónoma de*

⁹² Cfr. art. 2 incs. 11, 12 y 15 del DNU n.º 260/2020.

Buenos Aires” (cfr: arts. 27 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020).

Asimismo, a medida que -en atención al carácter dinámico de la pandemia- el gobierno federal ha disminuido, bajo ciertos parámetros sanitarios y criterios epidemiológicos, la intensidad de la restricción al ejercicio del derecho de reunión y hasta autorizado, bajo ciertas condiciones, las reuniones sociales (cfr: art. 26 del DNU n.º 714/2020), se precisó que los gobiernos provinciales y de la CABA, “*dictarán las correspondientes normas reglamentarias y, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo en los distintos Departamentos o Partidos de la jurisdicción a su cargo, podrán incluso determinar uno o algunos días para ejercer este derecho, limitar su duración, determinar los lugares habilitados para ello y, eventualmente, suspenderlo con el fin de proteger la salud pública*”. Empero, a partir del dictado de las últimas medidas de emergencia, se ha establecido que el Jefe de Gabinete de Ministros -en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”- resulta facultado para ampliar, reducir o suspender la autorización precedente en atención a la evolución de la situación epidemiológica (cfr: arts. 26 *in fine* del DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020).

15. Nada que objetar a todo esto si, de una lectura atenta de la experiencia federativa de la gestión de la emergencia de salud, no se advirtiese -como finalmente aconteció- una práctica (innecesaria, por cierto) de centralización al respecto, desde que no es un dato de entidad menor que las autoridades provinciales y municipales -debido a su intermediación- disponen de una comprensión más próxima y directa de los retos y problemas que suscita la pandemia sobre el teatro concreto y particular de su gobierno⁹³.

En este orden de ideas, una muestra significativa se avista en el artículo 6 del DNU n.º 297/2020 (y los que le sucedieron), en mérito del cual se concentraron -en demasía- en la figura de la Jefatura de Gabinete de la Nación no sólo la potestad para disponer el incremento y recorte de la nómina de actividades y servicios esenciales en la emergencia, sino también la mismísima autorización de los requerimientos de eximición al régimen de aislamiento social, preventivo y obligatorio cuanto a la prohibición de

⁹³ Cfr. Hernández, Antonio M; <https://www.lavoz.com.ar/opinion/cuando-emergencia-atenta-contra-federalismo> (recuperado 11 de septiembre de 2020).

circulación (*cf.* art. 2 del DNU n.º 355/2020). Lo reseñado repercutió -sin duda- en la atribución discernida a favor del Jefe de Gabinete en orden a decidir la ampliación o reducción de la habilitación para la utilización del transporte público (interjurisdiccional e interurbano) de pasajeros cuyo desplazamiento resulte motivado por la realización de actividades y servicios esenciales (pues, de estar al art. 23 del DNU n.º 714/2020, sólo se permitió a los gobiernos de provincia ampliar la autorización para el uso del transporte público interurbano de pasajeros a otras actividades no contempladas en el menú de actividades y servicios esenciales exceptuados, y exclusivamente en los lugares bajo su jurisdicción alcanzados por la medida de distanciamiento social, preventivo y obligatorio).

Sobre el punto, se impone hacer notar que –como apunta, con agudeza, Javier García Roca- la emergencia “*produce una concentración de poderes en el gobierno (...) pero la organización constitucional, la división horizontal y vertical de poderes no se suspende, ni desplaza, ni modula, más que en la medida estrictamente necesaria para subvenir la emergencia*”⁹⁴.

V.II La emergencia sanitaria y su proyección sobre el programa de república democrática y representativa

V.II.a El paradigma republicano en la democracia constitucional y los riesgos -no banales- de la pandemia

16. También puede llamarse la atención sobre dos cuestiones en las que se descubre una grave deficiencia en el juego y articulación de la forma republicana de gobierno, y generan -al propio tiempo- el trance de transitar desde la emergencia que nace dentro del orden constitucional hacia la que se sustrae de él.

Un primer aspecto se asocia con el desbalance -en el comando de la emergencia sanitaria- generado por el peligro de desbordes en el liderazgo ejecutivo que, al fin de cuentas, neutralicen o mengüen el protagonismo de las funciones de contralor político y jurídico en cabeza del Legislativo y Judicial; tales desviaciones -congénitas a la tendencia argentina hacia el

⁹⁴ Cfr. García Roca, Javier; “El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el Estado de Alarma: La experiencia del coronavirus”, en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 18.

despeñe en el hiperpresidencialismo- serían, de inmediato, *anti-constitucionales* en la medida que ignoran o desvaloran los límites y los vínculos impuestos por la Constitución al poder; de esta forma, descubren un factor de crisis consistente en un proceso de *progresiva concentración y confusión de competencias*, al extremo que, más que una lesión al principio clásico de separación funcional del poder estatal, conlleve la paulatina desaparición de la distinción entre la esfera pública y privada⁹⁵ -deslinde que bien podría reputarse la quintaesencia del constitucionalismo-.

Ello es, innegablemente, una alarma ante la contingencia de que se ponga en apuro la vigencia efectiva –y no simplemente figurada- del principio republicano, la que fatalmente habría de corroborarse de traspasarse -en la práctica- una cuota de poder al Ejecutivo que resulte incompatible con aquél. En efecto, se ha repetido –*ad nauseam*- en los anales jurisprudenciales de la Corte federal, que si la emergencia tolera un ejercicio más enérgico por parte del Presidente de sus atribuciones constitucionales, en igual medida debiera robustecerse la energía del control por los restantes departamentos del poder. Y dicha idea fuerza podría encarnarse en la siguiente ecuación: el Legislativo -en lo político y económico-financiero- y el Judicial -en lo jurídico- vigilando que las restricciones al ejercicio de los derechos no capitulen a las exigencias constitucionales de reserva, legalidad, razonabilidad e igualdad. En puridad, no hay -ni podría haber- *estados de emergencias irresponsables*⁹⁶.

Todavía más: aunque es de público y notorio que las cámaras del Congreso de la Nación han impulsado sus sesiones en modalidad virtual, no debería marginarse el hecho de que permanecieron inertes en la fase inicial de la emergencia, ocasión en la que el órgano ejecutivo emitió aproximadamente una veintena de decretos de necesidad y urgencia. No parece sostenible argumentar que los legisladores no estaban mencionados en el catálogo de servicios y actividades esenciales susceptibles de eximirse de la proscripción de circulación, puesto que tal aserto repugnaría, groseramente, al principio de independencia de las ramas del gobierno constitucional. ¿Los senadores y diputados, acaso, dependían de una anuencia ejecutiva o venía

⁹⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 52 y ss.

⁹⁶ Puede consultarse en extenso Unger, David, C.; *The Emergency State: America's Pursuit of Absolute Security at All Costs*, Penguin Books, New York, 2013.

judicial para desplegar, con mayor razón en un contexto crítico, el “*sagrado ejercicio de la representación de la voluntad popular*”⁹⁷?

Una contestación parece insinuarse —a raíz de una presentación judicial, no de una propia iniciativa institucional del Parlamento—, mediante una reflexión implacable: “*la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas (...) en este contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal (...) las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional*”⁹⁸.

En refuerzo de esta argumentación, hay —en el Derecho judicial de la CSJN— un precedente crucial: lo decidido, hacia 1893, en el caso “*Alem*”. Y su tesis central es esta: la emergencia “*lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo*”⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. CSJN, F. 327:138 (“*Cossio*”, 2004), del voto del juez Maqueda.

⁹⁸ Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“*Fernández de Kirchner*”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, con reseña de diferentes alternativas acuñadas en el Derecho constitucional comparado y provincial: “*frente a la importancia del debate parlamentario en tamaño desafío como el que hoy perturba al mundo, otros países ensayaron diferentes medidas para garantizar el debate legislativo. La necesidad de seguir sesionando, por un lado, y de respetar las normas sanitarias recomendadas por la Organización Mundial de la Salud así como los aislamientos sociales dispuestos por los distintos gobiernos, por el otro, han conducido a otros congresos y parlamentos a adoptar diferentes formas para continuar con sus funciones y cumplir su rol constitucional. Así, en algunos casos se ha dispuesto la presencia restringida de legisladores con derecho a voto por bloque parlamentario (Alemania, Francia, Italia, Irlanda, Suiza y Nueva Zelanda), en otros se ha previsto sesionar con video conferencia y votar de manera electrónica remota (Uruguay, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Rumania), y en otros se han implementado sistemas que combinan la presencia reducida de legisladores con votación electrónica remota (España, Holanda y Polonia). En nuestro país, algunas legislaturas provinciales ya vienen sesionando por sistemas remotos, virtuales y teleconferencias (Mendoza, Salta, Córdoba y Santa Fe).*”

⁹⁹ Cfr. CSJN, F. 54:432 (“*Alem*”, 1893).

La misma observación -y parejos interrogantes- valen para la primera solución de feria judicial extraordinaria y prestación mínima del servicio de justicia que el Poder Judicial de la Nación implementara en marzo pasado¹⁰⁰, pues pese a que, luego, se dispuso una planificación de reanudación escalonada¹⁰¹, lo cierto es que -en no pocos casos atestiguados por la realidad- el acceso a la justicia devino restringido precisamente en tiempos de fuertes limitantes a los derechos, sin perjuicio de que, en fecha más próxima, la CSJN ha abordado planteos en los que, por cauce de una medida autosatisfactiva, se denunciara que la prohibición de ingreso a un territorio provincial -en tanto obstaba el contacto de una menor con su progenitora- transgrediría cláusulas de la CN, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y la Ley n.º 26061¹⁰².

Otro tanto ha acontecido en razón de una acción de hábeas corpus colectivo interpuesta contra una decisión provincial de bloqueo y control de ingreso a territorio bajo su jurisdicción, en la inteligencia que medidas de emergencia de tal tenor impiden, a la postre, el retorno de los eventuales afectados a su residencia y los emplazan (atento su condición de personas varadas a la vera de una ruta nacional) en una situación de vulnerabilidad¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. CSJN, Ac. n.º 4/2020 y 6/2020, prorrogada mediante Ac. n.º 8/2020, 10/2020, 13/2020 y 14/2020.

¹⁰¹ Cfr. CSJN, Ac. n.º 20/2020, 23/2020, 26/2020, 27/2020, 29/2020, 30/2020 y 31/2020, entre muchos otros.

¹⁰² Cfr. CSJN, CSJ 476/2020 (“Borge”, 2020), asunto en el que el Tribunal cimero de orden federal, tras adjudicarse la calidad de *custodio de las garantías constitucionales*, requirió a la Provincia de San Luis los informes necesarios al objeto del pleito (art. 36, inciso 4, CPCCN), a saber: cuáles son las medidas -de cualquier índole- y protocolos de ingreso a su jurisdicción territorial (adoptados por cualquier autoridad local) y, en su caso, cuáles serían las razones que podrían justificar el impedimento de ingreso (a esos efectos) al territorio provincial.

¹⁰³ Cfr. CSJN, CSJ 592/2020 (“Petcoff Naidenoff”, 2020). Asimismo cabe destacar la acción de amparo colectivo deducida con miras a resguardar los derechos de vecinos de una provincia privados de retornar a sus respectivos domicilios con motivo de la prohibición de ingreso a su territorio implementada por el mismo Estado provincial, cfr. CSJN, FRE 2774/2020/CS1 (“Lee”, 2020), como así también la acción de amparo común articulada por el administrador de un establecimiento agropecuario -ubicado dentro de un territorio provincial- con el objeto de hacer cesar el impedimento de acceso al mismo sobre la base de protocolos dictados por la autoridad local en el marco de la pandemia provocada por la propagación del COVID-19, cfr. CSJN, CSJ 475/2020 (“Crescia”, 2020), o bien, la pretensión de amparo también articulada por una empresa con el propósito de que se disponga el libre tránsito, circulación y acceso de su perso-

Sentado ello, la medida cautelar innovativa ha sido despechada favorablemente por la Corte nacional con miras a que se autorice judicialmente el ingreso y traslado del vecino de una provincia desde su lugar de residencia hacia el territorio de otra en la que se encuentra su único familiar -con propósitos de cuidado y asistencia de este último en la coyuntura de una grave enfermedad-. Para así resolver -en el marco de una decisión excepcional que altera el estado de hecho o de Derecho existente al tiempo de su dictado, sin perjuicio de configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa-, la CSJN evocó el parámetro convencional resultante de la Dec. Corte IDH n.º 1/2020 ya glosada, en función del cual no podría marginarse que *“la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal”*. A la vez que -por su atinencia al caso de marras- se destacó un pasaje de la referida declaración: *“todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”*⁷¹⁰⁴.

Asimismo se impone hacer notar que, al deslindar un conflicto de competencia suscitado en función de una acción de amparo colectivo deducida en aras de tutelar el derecho a la vivienda y salud de personas mayores residentes en un geriátrico provincial, la Corte federal -tras descartar que la materia del pleito revistiera un manifiesto contenido federal, debido a la presencia, en el caso, de facultades concurrentes resultantes del art. 14 *bis* de la CN-, dispuso la pronta remisión de las actuaciones al máximo tribunal de justicia local a efectos de que zanje lo concerniente al juez provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación, todo ello con la meta de evitar la profusión de trámites (situación que resultaría en desmedro del principio de economía procesal

nal dependiente entre un territorio provincial y otro, cfr. CSJN, FRE 1674/2020/CS1 (“Licores Nordeste SRL”, 2020).

¹⁰⁴ Cfr. CSJN, FRE 2237/2020/CS1 (“Maggi”, 2020).

y del buen servicio de justicia) e impedir que se susciten cuestiones de competencia (las que, de plantearse, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud de los justiciables)¹⁰⁵.

En suma, es de esperar que –en esta evaluación de la reacción judicial a los retos de la pandemia- se recoja la advertencia formulada por algunos miembros de la misma CSJN, en el sentido que “*la historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos -y los errores- en la construcción del moderno Estado constitucional responden muchas veces a la capacidad -o falta de ella- de los más altos tribunales constitucionales en aceptar y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles*”¹⁰⁶. Lo que, por lo restante, necesita aquí resaltarse –de nuevo- es que no se trata de una prevención novedosa, puede remontarse hasta antiguos precedentes del tribunal: ni siquiera estados de grave conmoción social (incluso, aquellos que llevaron a la declaración del estado de sitio), pueden resultar en que se “*excluya la intervención de los jueces, tuitiva de los derechos individuales*”¹⁰⁷.

No puede -igualmente- pasar por inadvertido, debido a su conexión con el estancamiento inaugural del Poder Legislativo, que -en el plexo de decretos de necesidad y urgencia emitidos- algunas medidas resultan difícilmente justificadas con la apelación a necesidades públicas que deben atenderse a la hora de lidiar con la pandemia. En este sentido, la modificación del presupuesto -dispuesta por DNU n.º 457/2020- amplía fuertemente las atribuciones del Jefe de Gabinete para realizar reasignaciones presupuestarias, produciendo así un transmisión a este órgano, dependiente del Ejecutivo, de atribuciones que la Constitución le asignó al Congreso. Lo mismo puede decirse de la decisión adoptada por DNU n. 522/2020 -aunque, luego derogado- consistente en intervenir y disponer la ocupación temporánea de una empresa privada en proceso de concurso de acreedores (en el que, lógicamente, se perforaba la garantía de juez natural).

¹⁰⁵ Cfr. CSJN, CSJ 355/2020 (“Rodríguez”, 2020).

¹⁰⁶ Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“Fernández de Kirchner”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

¹⁰⁷ Cfr. CSJN, F. 243:504 (“Sofía”, 1959).

V.II. b Derechos políticos y procesos electorales en contextos de pandemia

17. En lo que respecta a la representación política de los electores, a causa del condicionamiento que insinuaría la emergencia sanitaria, el Derecho electoral, conforme sus disposiciones constitucionalizadas, anticipa una contundente respuesta: *los derechos políticos no pueden ser declarados en emergencia*, puesto que ello importaría la interrupción del régimen democrático de gobierno, en tanto son su insumo fundamental y los responsables de darle vida a las instituciones autonómicas de gobierno previstas en las constituciones¹⁰⁸.

Entender las constituciones como protocolo de actuación de cualquier emergencia, es una premisa que emana de los textos constitucionales por las negativas y dolorosas experiencias históricas, tras las justificaciones que toda situación de excepcionalidad suministra a los argumentadores seriales de la emergencia como única -nunca última- alternativa institucional. Por ello nuestros constituyentes inocularon anticuerpos normativos para evitar que el virus de la desconstitucionalización vuelva a infectar nuestra sociedad.

Los textos constitucionales de Jujuy (1986, art. 6)¹⁰⁹, La Rioja (1986, art. 12), Salta (1986, art. 2), Córdoba (1987, art. 17), Río Negro (1988, art. 7), y de la Nación (1994, art. 36)¹¹⁰, son más que claros y contundentes respecto del rechazo a viejas prácticas interpretativas con efectos peligrosamente desconstitucionalizantes.

Ello permite sostener que la actual pandemia, que justifica recurrir a los institutos de emergencia, no debe -bajo ningún pretexto- convertirse en el argumento neutralizante de nuestras instituciones, sino, por el contrario, aplicados y destinados aquellos, en el instante inicial, a dar una respuesta inmediata a través de los procedimientos excepcionales, esos mismos procedimientos deben perseguir la readecuación inmediata de la funciona-

¹⁰⁸ Cfr. CSJN, F. 320:875 (“Gauna”, 1997), voto en disidencia del juez Petracchi.

¹⁰⁹ Con un clarísimo y más que actual inciso 1.º, que dice, textualmente: “*En ningún caso las autoridades provinciales, so pretexto de conservar el orden invocando la salud pública o aduciendo cualquier otro motivo, podrán suspender la observación de esta Constitución ni la de la Nación, ni vulnerar el respeto y efectiva vigencia de las garantías y derechos establecidos en ellas*”.

¹¹⁰ Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4.º ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, pp. 508/514; Gargarella, Roberto y Sebastián Guidi; *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, CABA, 2016, pp. 207/215.

lidad institucional en procura del restablecimiento inminente de derechos y garantías afectados.

La emergencia es sólo una alternativa excepcional que procura dar capacidad de respuesta inmediata al Estado ante situaciones críticas. Sin embargo, no debe ser concebida estáticamente, sino como una herramienta fundamentalmente dinámica y con un objetivo incuestionable: restablecer el orden constitucional ordinario¹¹¹. Por ello sus regulaciones siempre contemplan e incorporan claros límites a su vigencia¹¹², como así también la regular revisión y renovación por parte de los poderes legislativos, todo ello, sometido siempre a un estricto y profundo control judicial de juridicidad¹¹³.

Los poderes legislativo y judicial no deben ingresar en una especie de purgatorio funcional que exponga a la sociedad a la pérdida de derechos y a la inoperancia de garantías constitucionales¹¹⁴. Si en tiempos de regularidad institucional su existencia y funcionamiento son imprescindibles, con mayor razón en períodos de excepcionalidad. En materia de derechos fundamentales, la regla es su plena vigencia y su restricción constituye una excepción que sólo puede establecer y sostener la ley¹¹⁵.

Si los derechos políticos no pueden declararse en emergencia, la siguiente cuestión a abordar es la de las elecciones en escenarios de crisis sanitaria. Este interrogante se desagrega en varios aspectos atinentes a la conformación del proceso electoral. En efecto, el mismo se activa o pone en marcha mediante la formalización de la convocatoria electoral¹¹⁶, momento a partir del cual la planificación y logística electorales comienzan a

¹¹¹ La “necesidad es su justificación y, por lo mismo, también su límite”, CSJN, F. 243:504 (“Sofía”, 1959), voto en disidencia del juez Orgaz.

¹¹² La “duración de estas restricciones debe ser temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que las hicieron necesarias”, CSJN, F. 172:21 (“Avico”, 1934).

¹¹³ Cfr. CSJN, F. 307:2284 (“Granada”, 1985) y F. 326:417 (“San Luis”, 2003), especialmente el considerando 55 del voto mayoritario, jueces Moliné O’Connor y López.

¹¹⁴ Domingo J. Sesin lo dice muy gráficamente, en el caso del Poder Judicial, cuando afirma que “[s]i los jueces no asumen el rol que les corresponde asegurando el imperio de la Constitución, los poderes del poder político serían ilimitados” (cfr. Sesin, Domingo J.; “La emergencia dentro de la Constitución. Control judicial”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, 309:91, y en Sesin, Domingo J.; *El derecho administrativo en reflexión*, Rap, Bs. As., 2011, p. 446).

¹¹⁵ Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. I, p. 297.

¹¹⁶ Cualquiera fuera su tipología, de acuerdo a la respectiva regulación normativa (Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, 3.º ed., Advocatus, Córdoba, 2016, pp. 235/238).

desenvolverse frenéticamente, con miras a garantizar la normal concreción de los comicios.

Todo este complejo¹¹⁷ andamiaje normativo y operativo contiene disposiciones centrales y estructurantes del proceso electoral, como así también distintas alternativas destinadas a evitar su paralización o frustración.

De este modo, por ejemplo, en algunos casos, el ordenamiento jurídico electoral contempla una sucesiva supletoriedad de la facultad de convocar a elecciones si los poderes ejecutivos no lo hacen en tiempo y forma¹¹⁸, con lo cual, existe un adecuado dispositivo en aras de sostener la vigencia del orden democrático y constitucional.

18. Aun así, existe la posibilidad de que la crisis sanitaria interfiera la concreción de la convocatoria a elecciones, o que el contexto perturbe o paralice el normal progreso del proceso electoral en curso. En tales hipótesis, la situación impacta no sólo en el proceso comicial, sino ya en el ciclo electoral¹¹⁹, y proyecta sus efectos respecto de sus pares parlamentario y ejecutivo, lo cual enfrenta a las instituciones a la finalización de los mandatos vigentes. Sin embargo, dichas situaciones, particularmente la que coloca la finalización de los mandatos en ejercicio ante la carencia de reemplazantes o sucesores con mandatos renovados y otorgados democráticamente, cuentan con una adecuada previsión normativa. Nos referimos al instituto constitucional de la acefalía¹²⁰.

Estamos de acuerdo en que es un instituto que ejemplifica el prototipo de *ultima ratio* en lo jurídico y en lo institucional. Aun así, es la vía constitucionalmente válida para superar situaciones de excepción. Por ello, no es aceptable eludir su aplicación, ni dejarse llevar por sinfonías de sirenas que ensayan argumentos ostensiblemente épicos en defensa de la ciudadanía y de las instituciones, puesto que, como sostiene Rosatti, “*la aplicación de regímenes de excepción prohibidos por la Constitución (...), aunque se planteen de modo ‘parcial’ o ‘temporal’ y aun con la honesta intención de ‘dejar a salvo’ todo aquello que no comprometa la emergencia, conducen a*

¹¹⁷ No por complicado, sino por la diversidad y multidimensionalidad de sus elementos, como así también por la intensidad del mismo y de sus procedimientos e institutos componentes.

¹¹⁸ Cfr. CBA: CEP n.º 9571, art. 43 y CP, art. 104.6. LOM n.º 8102, arts. 49.4 y 59.5; y supletoria y sucesivamente los arts. 30.13, 136.2, 126, 200.9, 216.2 y 218. Este modelo se replica, generalmente, en las cartas orgánicas municipales.

¹¹⁹ Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., pp. 213/276.

¹²⁰ Cfr. CN, arts. 88 y 75.21, L. n.º 20972.

*una trampa. La presión de la necesidad y la dinámica propia de la antijuridicidad inicial no tardarán en convertir a una lógica esquizofrénica (que procura congeniar sincrónicamente la juridicidad y la antijuridicidad) en una lógica desquiciada, dominada por la autorreferencia antijurídica. La autorreferencia antijurídica termina por ser la única lógica de fundamentación de la emergencia. Dicho de otro modo: todo lucirá correcto y razonable (hasta propicio y heroico) a condición de evitar toda vinculación con la normalidad*¹²¹.

Como se observara -al principio de este punto- es la Constitución nuestro principal protocolo de actuación, y a ella debemos atarnos todos siempre¹²².

Consecuentemente, incurren en una falacia argumentativa quienes afirman que las disposiciones constitucionales y reglamentarias carecerían de previsiones idóneas para afrontarlas. Entendemos que el argumento de dicha omisión sólo sería aceptable en un argentino que no tuviese conocimiento de nuestra historia institucional.

V.II. b.1 Variaciones de acefalía e intervención en contextos democráticos

19. En primer lugar, no se trataría de un procedimiento de acefalía común, sino de uno de emergencia, concebido como una versión cuya

¹²¹ Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. II, pp. 692/693.

¹²² Jon Elster nos recuerda que el gran Baruch Spinoza ya había anticipado situaciones como la descrita, trazando una analogía entre el precompromiso individual y el político: “*En modo alguno es contrario a la práctica de las leyes que estén tan sólidamente establecidas, que ni el propio rey pueda derogarlas. (...) las leyes fundamentales del Estado deben ser observadas como decretos permanentes del rey, de modo que sus ministros les rindan obediencia absoluta, y rechacen llevar a cabo cualquier orden real que las contravenga. (...) También los reyes han seguido el ejemplo de Ulises. Usualmente, dan instrucciones a sus jueces de que no tengan respeto por las personas a la hora de administrar justicia, ni siquiera para el propio rey, si por algún raro extravío ordenara algo que saben que contraviene las leyes vigentes. Esto es así porque los reyes no son dioses sin hombres, que a menudo están hechizados por los cantos de sirenas, De acuerdo con esto, si todo dependiera de la voluntad inconstante de un hombre, nada sería estable*” (Elster, Jon; *Ulises desatado*, Gedisa, Barcelona, España, 2002, pp. 124., pp. 111/1112 y cc., cita que también se puede consultar en Spinoza, Baruch; *Tratado teológico-político. Tratado político*, Gredos, Madrid, España, 2015, Capítulo VII.1, pp. 400/401).

finalidad primordial es la preservación institucional de la democracia y de las disposiciones y autoridades constitucionales.

Nos referimos a la acefalía en contextos excepcionales que hacen imposible resolver la ausencia futura de autoridades legítimamente constituidas, mediante procesos electorales extraordinarios. Es la hipótesis que enfrentan hoy muchos Estados subnacionales: cómo superar el vencimiento de los mandatos en ejercicio sin afectar la institucionalidad democrática, y sin que la solución devenga en el riesgo de instalar un gobierno autocrático (pactos políticos de autoprorroga de mandatos), o de la utilización de la intervención para imponer un gobierno de tinte centralista y autoritario (interventores políticos).

V.II. b.2 Intervención institucional colaborativa

20. Esta variante concibe la intervención como un procedimiento constitucional netamente colaborativo, enmarcado dentro del principio de asistencia entre poderes y destinado a preservar la continuidad democrática de los ciclos electivos, legislativos y ejecutivos. Implementa una modalidad de emergencia limitada y orientada únicamente al restablecimiento del orden gubernamental investido de legitimidad democrática de origen, de modo tal que la de ejercicio no quede expuesta a planteos judiciales o políticos que horaden su legalidad.

El principio de colaboración inter-poderes es aquel en función del cual *“aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”*¹²³. Cabe destacar que no debemos acordarnos de él únicamente para exigírselo, *in extremis*, al Poder Judicial.

Para cumplir acabadamente su finalidad, esta clase de intervenciones deberá observar una particular e innovadora metodología de implemen-

¹²³ CSJN, Fallos: 327:46, considerando 12.º; Fallos: 319:2641, considerando 1.º; y este año en CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (24/4/2020), considerando 10.º del voto concurrente del juez Rosatti.

tación, consistente en depositar en las autoridades legítimamente constituidas y cuyos mandatos democráticos están prontos a vencer, la función y el gobierno del Estado o localidad afectados, es decir, reconociendo a sus instituciones y a las personas que las conforman, en cumplimiento del último mandato vigente, las calidades de interventores excepcionales, que deberán cumplir con sus respectivas competencias de gobierno durante el tiempo que dure la misma, y con un prudente ejercicio de sus funciones, principalmente encaminados o acotados al ejercicio de las que devienen urgentes e indispensables.

Asumimos la crítica que desde la praxis política se nos formulará alegando lo aparentemente compleja de la solución constitucional señalada. Sin embargo, sostenemos nuestra manifiesta preferencia por atarnos al mástil constitucional, cual Ulises, antes que sucumbir al canto esquizofrénico de sirenas que, so pretexto de remanidos acuerdos políticos, tarde o temprano hará naufragar las instituciones democráticas al conducir las con una lógica desquiciada, dominada por una autorreferencia definitivamente antijurídica¹²⁴.

V.II. b.3 Procesos electorales en clave pandémica

21. La última cuestión que abordaremos es la de la necesaria reformulación de nuestros procesos electorales mediante su readaptación procedimental a las exigencias sanitarias de la actual situación epidemiológica, porque nadie puede, con certeza, definir si esta epidemia será pasajera o si es una nueva realidad que debemos superar sin sacrificar nuestra democracia constitucional.

Es una característica intrínseca del Derecho electoral que las teorías no aportan mucho si no devienen en derecho aplicado, para ensayar propuestas y alternativas que permitan instrumentar la concreción de la voluntad popular.

La multidimensionalidad del proceso electoral impone una adecuada y precisa articulación de los poderes Ejecutivo y Legislativo con el Organismo

¹²⁴ Sin embargo, los argumentos expresados no nos impiden advertir la interesante situación registrada en la ciudad de Río Cuarto (provincia de Córdoba). Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria (SECO), Autos n.º 15 (24/6/2020), “Novo”; n.º 16 (2/7/2020), “Ljubich” y n.º 17 (2/7/2020), “Scoppa”; tríada jurisprudencial que, por la relevancia y riqueza de las especulaciones pretorianas en ella contenidas, amerita un abordaje exclusivo que el expuesto en esta oportunidad.

mo Electoral. La gestión de elecciones en estos contextos requiere un gran esfuerzo de rediseño procedimental, adecuándolos a los requerimientos sanitarios del presente, lo cual conlleva una importante cantidad de ajustes normativos, presupuestarios y administrativos. No cabe duda que en ello el tiempo y la planificación anticipada, como así también la previsión de alternativas de contingencia debidamente diseñadas, son las claves del éxito y del reaseguro democrático de los comicios.

El primer desafío está en el acto de convocatoria electoral, sobre el que ya nos explayamos. Continúa con las previsiones presupuestarias por las medidas de seguridad sanitarias que deben incorporarse al proceso y al acto electoral.

A la par, el Poder Legislativo, como el representante por excelencia de la voluntad popular institucional derivada¹²⁵ y auténtica y única caja de resonancia del crisol político e ideológico de toda sociedad, debe evaluar diferentes alternativas reglamentarias de los regímenes electorales para dotarlos de herramientas y procedimientos adecuados.

Dos son, a nuestro criterio, las principales opciones a considerar como potenciales normas de emergencia, a saber: voto por correspondencia y segmentación del acto comicial.

A ello hay que sumar el meticuloso relevamiento de los establecimientos e infraestructura destinados a la votación, los cuales deberán ser evaluados a partir de las posibilidades concretas de implementar y observar los protocolos sanitarios, de modo que, desde la ubicación de las autoridades de mesa y fiscales partidarios, como el ingreso de los electores y su distancia en filas a la espera de su turno para votar, cumplan con las medidas epidemiológicas preventivas existentes¹²⁶.

¹²⁵ Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., pp. 5/14; “Ensayo sobre la Voluntad Popular y el Derecho Electoral”, *La Ley*, Actualidad, Bs. As. 26/11/2013, pp. 1/3 y Suplemento Constitucional n.º 6, septiembre 2018, pp. 3/8.

¹²⁶ Corea y su excelente experiencia electoral del 15 de abril de este año, son la prueba de que los derechos políticos no deben ser declarados en emergencia, ni los procesos electorales desactivados so pretexto de potenciales crisis sanitarias. Cfr. France 24, por Natalia Plazas, “Participación histórica en elecciones de Corea del Sur, un ‘plebiscito’ sobre la gestión del Covid-19”, 15/4/2020, consultada el 17/6/2020 y disponible en <https://www.france24.com/es/20200415-corea-sur-elecciones-moon-jaein-coronavirus>; y El País. Internacional, por Macarena Vidal Liy, “Unas elecciones con alta participación coronan la gestión de Corea del Sur” 15/4/2020, consultada el 17/6/2020, disponible en <https://elpais.com/internacional/2020-04-15/corea-del-sur-celebra-elecciones-y->

Finalmente, nótese que la implementación de tecnología de votación, a simple vista podría parecer la gran solución. Sin embargo, a poco que responsablemente se profundice respecto de tal idea, se comprobará no sólo que las históricas objeciones y severos riesgos reiteradamente señalados se mantienen intactos¹²⁷, sino que a ello se suman los factores epidemiológicos atinentes al delicado factor higiénico en todo lo que cuenta con teclados y pantallas táctiles, puesto que tales dispositivos tienen que cumplir con precisas normas y procedimientos de higienización, para estar libres de bacterias, mitigar al máximo la amenaza de gérmenes y reducir o neutralizar la propagación del COVID-19. Por otra parte, con su implementación no se eliminan ni la logística electoral previa ni la específica del acto comicial, por lo que su consideración no supera los parámetros mínimos de un razonamiento crítico, académica y profesionalmente responsable.

VI. A MODO DE CIERRE

22. Las emergencias provocan, a la larga, con la premura -y la necesidad- de cambios adaptativos de conservación a las sociedades, instituciones y sistemas jurídicos, pero su finalidad es ‘sobre-vivir’ a la crisis para ‘re-tomar’ la actividad regular y adoptar la normalidad resultante del debate y de los consensos alcanzados o del retorno al estado de cosas anterior a la situación de excepción.

Giorgio Agamben lo capta con claridad meridiana: si la reflexión transita -ya no únicamente por referencia a la pandemia, a la peste- sino que, además, se esfuerza por entender cuál ha de ser la *reacción* de la hu-

afianza-su-imagen-de-buena-gestion-de-la-crisis-del-coronavirus.html#comentarios;
por mencionar algunos informes.

¹²⁷ Cfr. Tula, María Inés: *Voto electrónico*, Ariel, Bs. As., 2005. Pérez Corti, José M.: *Reforma Política y Voto Electrónico*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005; “*E-voting Case Law in Argentina*” en Maurer, Ardita D. y Jordi Barrat: *E-voting Case Law: A Comparative Analysis*, Ashgate, Surrey, 2015, pp. 151/172; y “Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico”, Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Cuarta Época, vol. 1, n.º 6, México, 2010, pp. 547/568. Busaniche, Beatriz; Federico Heinz y Alfredo Rezinovsky (*et al.*): *Voto electrónico: Los riesgos de una ilusión*, Vía Libre, Córdoba, 2008. Busaniche, Beatriz (compiladora): *Voto Electrónico: una solución en busca de problemas*, Vía Libre, Temperley, Buenos Aires, 2017.

manidad, debería despejarse cualquier atisbo de colapso de las creencias -incluso, cabe agregar, las que hacen mella en la fe en la Constitución-; de lo contrario, sólo una tiranía podría fundarse en el miedo a perder la vida, sólo el monstruoso *Leviatán con su espada desenvainada*¹²⁸.

Precisamente parte de la adaptación en crisis radica en incorporar normas, procedimientos e institutos temporales de adecuación para enfrentar las condiciones excepcionales que la generaron, y para garantizar -en la modalidad y con las características posibles- la vigencia y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

Sentado ello, las consideraciones hasta aquí desenvueltas permiten concluir que la emergencia sanitaria, con motivo de la pandemia del COVID-19, ha sido correctamente declarada y, de acuerdo con la doctrina sentada por la CSJN como por los órganos de monitoreo del SIDH, únicamente habilita restricciones excepcionales al ejercicio de los derechos que resulten ceñidas a la constatación de los requisitos constitucionales y convencionales reseñados a lo largo de esta entrega.

Desde que -más allá de los artificios de procedimiento- los estados de excepción se comportan, observa Carl J. Friedrich, como la *prueba final del constitucionalismo*, demandando la presencia de un *pueblo alerta*¹²⁹, se colige que la fundamentación -y el contenido general de los preceptos del Derecho de necesidad- descartan el trance de un gobierno de crisis que prescindiera de las mandas constitucionales y convencionales (arts. 31 y 75, inc. 22, CN; 1, 2 y 27, CADH; 4 PIDCP), sino más bien que declara supeditarse a ella. Empero, ello no obsta a que se identifiquen disposiciones y comportamientos de los órganos del Estado discutibles -e, incluso objetables- desde el punto de vista constitucional e transnacional.

23. En lo que atañe a la influencia de la pandemia alrededor del *estatuto de los derechos fundamentales*, en nuestro sistema jurídico -como en otros foráneos- la llegada de este nuevo espécimen de coronavirus ha puesto al descubierto situaciones de desigualdad preexistentes en la sociedad. Para combatirlas y evitar que se propaguen hacia el futuro, no basta con que el Estado se abstenga de efectuar distinciones arbitrarias; se requiere,

¹²⁸ Agamben, Giorgio; “Reflexiones sobre la peste” en *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, ASPO, s.l., 2020, pp. 135 y ss.

¹²⁹ Friedrich, Carl, J.; *Gobierno constitucional y democracia*, IEP, Madrid, 1975, t. 2, pp. 585-633.

además, que asuma un rol activo, indague en las causas y diseñe remedios que procuren quebrar la lógica de la dominación social.

En este marco, la concepción de la igualdad como no sometimiento o no exclusión constituye una herramienta valiosa para lograr dicho propósito. Esta concepción demanda a las autoridades evaluar el impacto que producen (o puedan llegar a producir) las medidas adoptadas para combatir la trasmisión del virus sobre determinados grupos o colectivos en función de las circunstancias *de hecho* en las que se encuentran, a fin de programar los remedios que resulten necesarios para combatir dicho efecto.

En el diseño de estas medidas los gobernantes están limitados por la obligación que emerge de los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina cuya inobservancia acarrea responsabilidad internacional. Este compromiso no cede sino que, al contrario, se profundiza en situaciones de emergencia y aun frente a variables de escasez, marginalidad, indigencia, pobreza, etc.

24. En cuanto a sus derivaciones alrededor del *estatuto del poder*, no podría obviarse que se transitan tiempos excepcionales a nivel global, caracterizados por una grave crisis sanitaria que expone a las instituciones y procedimientos democráticos a tensiones (a más de políticas, socio-económicas) que impelen su máxima capacidad de respuesta y el resguardo ineludible de los derechos fundamentales.

En tales condiciones, un ejercicio vigoroso de las facultades de control del Congreso de la República, en lo político, y del Judiciario, en lo jurídico, es -quizás- un elemento dirimente si se aspira a garantizar la continuidad plena de la vigencia de una Constitución que *co-habita* con instrumentos internacionales de derechos humanos equipados con rango constitucional -al conjurar clivajes en el añejo ligamen entre pluralismo y particularismo jurídico¹³⁰-, aun dentro de los topes que trae aparejada la emergencia porque “*nunca conviene olvidar que la senda de la restricción de derechos es tan fácilmente transitable como difícilmente reversible*”¹³¹.

¹³⁰ Cfr. Solá, Victorino; “¿Carl Menger en San José de Costa Rica? A propósito de un juego de espejos entre teóricos constitucionales y pluralistas”, RLF, 9 (I) (2020) 1-88.

¹³¹ Cfr. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso; “Prólogo” en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XVII.

Al mismo tiempo, el régimen de emergencia en los diseños federativos en modo alguno se encuentra desconectado de la unidad de medida en la que consiste el *principio federal*, entendido -según lo sugiere Kenneth Wheare¹³²- como el método de reparto de poderes de modo que los gobiernos general y local se ubiquen respectivamente dentro de un *espacio coordinado* y, a la vez, *independiente*. Una manifestación interesante para su análisis crítico -con mayor hondura al que aquí se incita- reside en su nota de *ambivalencia*: si bien en muchos aspectos se procura la coordinación y articulación entre el gobierno federal y las autoridades locales – principalmente en la órbita de materias típicamente concurrentes-, en otras cuestiones se constata una tendencia hacia una centralización excesiva -y hasta pueril- que perturba los caracteres y principios que nutren a la relación federal.

En esta situación, derechos políticos y procesos electorales se encuentran expuestos a decisiones y rediseños que requieren una previa reflexión crítica para evitar decisiones que los desarticulen vaciando de contenido procedimental la democracia, puesto que dicha dimensión formal conforma su *conditio sine qua non*, y en ausencia de la cuales es imposible hablar de democracia¹³³.

Bajo tales premisas, no debería perderse de vista que las herramientas de adaptación a una crisis son el instrumento temporal para garantizar los derechos fundamentales, pero no la solución definitiva, la que debe ser el resultado del diálogo y del debate interinstitucional y social una vez superada la crisis inicial y regularizado el funcionamiento de los órganos de gobierno que cuentan con la legitimidad auténtica para abordar y resolver estos desafíos.

Finalmente, una planificación estratégica anticipada y la adopción de alternativas de contingencia precisamente diseñadas, conforman el núcleo fundamental y la línea de base de los venideros procesos electorales. Y el tiempo para concretar esos objetivos ya está corriendo.

¹³² Wheare, Kenneth; *Federal Government*, Oxford University Press, London – New York, 1963, p. 11.

¹³³ Es el mismo Luigi Ferrajoli quién le reconoce y adjudica tal valoración a la dimensión formal de la noción de democracia (Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, Trotta, Madrid, 2011, t. 2, p. 10). Para profundizar sobre la noción de democracia en perspectiva electoral, sugerimos ver Pérez Corti, José M.: *Proceso Electoral: ¿Jurisdicción o Administración?*, Tesis Doctoral (inérita), Córdoba, 2019, pp. 31/38.

De ser así, lógicamente el profesor de la Universidad de Texas en Austin, William S. Livingston, estaba en lo cierto cuando advertía que, al fin y al cabo, el carácter esencial del federalismo tiene que ser buscado, más que a la sombra de la terminología legal y constitucional, a la lumbre de las fuerzas -sociales, políticas, económicas, culturales- que han hecho necesarias (y ponen a prueba) las diferentes formas federativas¹³⁴. Tan sólo podría añadirse, a la variedad de las interacciones aludidas, la potencia de las fuerzas naturales que -como la pandemia en curso- también modelan el genio y desafían, aunque en forma temporera, la mismísima sustancia del Estado federal.

¹³⁴ Livingston, William, S.; “A Note on the Nature of Federalism”, *Political Science Quarterly*, 67 (1) (1952) 81-95.