

GUILLEMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

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

TOMO III

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

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

INDICE GENERAL

TOMO III

DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES Y AMBIENTAL

El Derecho Ambiental frente a la pandemia y post pandemia COVID-19 algunas perspectivas

Aldo Novak21

Sustentabilidad y extractivismo: análisis crítico en contexto de pandemia

Darío Ávila, María Laura Foradori y Soledad Graupera25

II. Género y ambiente: su inclusión en la agenda pública a partir del COVID-19

Coordinadora: Graciela Tronca

María Cecilia Tello Roldán, María Eugenia Villalba y

Candela González45

DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, TRANSPORTE Y COMUNICACIONES

Derecho Aduanero. Derecho del turismo

Giselle Javurek

*Profesores: M. Soledad Pesqueira Nozikovsky, Ernesto Frontera
Villamil, Juan Marcelo Cinalli y Hugo Rivarola*

*Adscriptos: Nelly Baigorria, Diego Cevallos, Victoria Ferronato,
Maricel Freijo, M. Victoria Giubergia, Paula González Boarini,*

<i>Guadalupe Hidalgo, Ignacio Latini Marramá, Iván Luna, Noelia I Mana, Dante Ariel Nuñez, Lucía Olivier y Erika Saimandi</i>	69
---	----

DERECHO PROCESAL

La justicia y el proceso judicial frente a la pandemia y post pandemia COVID-19

<i>Rosa A. Avila Paz de Robledo</i> Profesores: <i>Mario R. Lescano, Mariano G. Lescano, Mariela Roldán, Carolina Vallania, Roxana Garay, y Santiago Molina Sandoval</i>	125
---	-----

La Justicia y las personas en condiciones de vulnerabilidad frente a la Pandemia y Post Pandemia COVID-19

<i>Rosa A. Avila Paz de Robledo</i> <i>Federico M. Arce, Víctor Luna Cáceres, Horacio L. Cabanillas, Miriam Mabel Marchetti, Daniela Moyano Escalera, Eric A. Opl</i>	189
--	-----

Acceso a la justicia en el COVID-19. Caso fortuito y la reforma procesal

<i>Cristina González de la Vega</i>	259
---	-----

Nuevas tecnologías en la justicia civil de Córdoba en tiempos de pandemia COVID-19

<i>Leonardo González Zamar</i>	269
--------------------------------------	-----

El proceso judicial en la época de la pandemia COVID-19. El Ministerio Público Fiscal en la oralidad

<i>Silvia Elena Rodríguez y Ariel Ksen</i>	279
--	-----

Garantías judiciales en el COVID-19 desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del sistema jurídico argentino

<i>Diego Robledo</i>	287
----------------------------	-----

La protección de datos personales en la nueva normalidad: salud pública y vigilancia digital

María Cecilia Tello Roldan.....297

La emergencia sanitaria COVID-19 y la tecnología en los procesos de familia en la provincia de Córdoba

Mariela Denise Antun y Sonia Elizabeth Cabral.....309

Justicia y pandemia: medidas implementadas en la justicia federal y provincial en el marco del COVID-19

*Adriana De Cicco, Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui,
Natalia Luna Jabase y Mauricio Zambiazco*317

La pandemia c 19 y el proceso judicial en Córdoba. Algunas reflexiones y las audiencias en el proceso penal.

Emilio Albarenga y Rodolfo Gaspar Lingua Rostagno.....331

TEORÍAS DEL CONFLICTO Y DE LA DECISIÓN.
MÉTODOS DERESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Pensando con Morin en tiempos de incertidumbre. La noción de sujeto y la organización de los conocimientos.

Elena Garcia Cima de Esteve y Noemi G. Tamashiro de Higa.....367

El derecho argentino frente a la pandemia: los aportes desde la teoría del conflicto y los rad.

Daniel Gay Barbosa393

Estragos vs. orden jurídico: consenso superador para la protección de los derechos.

María Cristina Di Pietro.....397

El aislamiento y la resolución de conflictos. Raúl Álvarez

Sergio Cattaneo.....411

El rol de mediador. Del amor en los tiempos del coronavirus <i>Carla Saad y Leonardo Colazo</i>	425
---	-----

DERECHO POLITICO

Pandemia. Decretos de necesidad y urgencia y constitución <i>Jorge Edmundo Barbará</i>	437
--	-----

La reformulación estatal en un escenario de globalización y pandemia <i>Carlos Juárez Centeno</i>	453
---	-----

ECONOMIA

Resolución de la CIDH 1/2020 “pandemia y derechos humanos en las Américas”. Una aproximación integral al documento emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA <i>Daniel Gattás</i>	487
--	-----

EDUCACION Y PANDEMIA

Educación y pandemia. Introducción <i>Graciela Ríos</i>	509
---	-----

La política y el derecho educacional argentinos en tiempos de pandemia <i>Claudia Giacobbe y María Florencia Blanco Pighi</i>	513
---	-----

“Educar” en pandemia el acceso a la educación digital vs la desigualdad en tiempos de pandemia <i>Noelia Nieva, Rosa Carnero, Florencia Pereyra y Lucas Cajeano</i>	531
--	-----

Digitalización e igualdad educativa. ¿un equilibrio inestable? Un análisis de los espacios virtuales, las TIC y su necesidad en la educación básica a partir de la experiencia de emergencia sanitaria y confinamiento social

Matías Parmigiani y Paula Gastaldi 557

ETICA Y DERECHO

La pandemia como remedio de la política

Hugo Omar Seleme 583

SOCIOLOGIA JURIDICA

Pandemia COVID-19. Biopolítica y estado de excepción

Martha Díaz de Landa 599

DERECHO POLITICO

PANDEMIA.

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y CONSTITUCIÓN

JORGE EDMUNDO BARBARÁ¹

I. Los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 260/2020 y 297/2020.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró, con fecha 11 de marzo de 2020,

el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, afectando en ese momento a 110 países y llegando, en esos días, a nuestro país.

Por ese motivo se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 260 de fecha 12 de marzo de 2020, invocando el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional y la ley N° 26.122 en cuanto ésta regula el trámite de la intervención del Congreso Nacional de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo de la Nación.

El fundamento crucial de dicho decreto consistió en que *“en la situación actual, resulta necesario la adopción de nuevas medidas oportunas, transparentes, consensuadas y **basadas en la evidencia científica**, que se sumen a las ya adoptadas desde el inicio de esta situación epidemiológica, a fin de mitigar su propagación y su impacto sanitario”* (destacado del suscripto).

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Catedrático de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Secretario de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Asimismo se expresó que la situación epidemiológica “*exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes*” por cuya razón resultaba imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

El art.1 del Decreto invocó al art. 1 de la ley de emergencia N° 27541 y en cuyo marco entendió que era procedente su ampliación respecto de las medidas a adoptar con relación al coronavirus COVID-19.

En consecuencia, y entre otras disposiciones, el art. 7 de dicho Decreto dispuso el aislamiento obligatorio a una determinada categoría de personas, enumeradas por el Decreto, entre las que se encontraban quienes revestían “*la condición de casos sospechosos*”(sic), describiéndose cuáles eran los síntomas físicos que calificaban esa condición y los lugares considerados como “*zonas afectadas*” en las que habían transitado, sin perjuicio de considerar atrapados en el aislamiento obligatorio a otras personas tipificadas por esa norma.

El aislamiento consistía en que debían “*permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación, según la evolución epidemiológica*”(sic, art. 7, inc.1).

Esta disposición dispuso, en caso de incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el art. 7, la obligación de “*los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general*” de “*radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 2015, 239 y concordantes del Código Penal*”(sic).

El Decreto de Necesidad y Urgencia N°297 se dictó con fecha 19 de marzo de 2020.

Este decreto hace presente la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27541 que había dispuesto el decreto N° 260.

Este decreto N° 297 agrava las restricciones dispuestas por el decreto N° 260.

Fundamenta estas medidas en el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de fecha 19 de marzo de 2020 refiriendo la propagación exponencial de casos del coronavirus COVID-19 a nivel global y afectando a más de 158 países de diferentes continentes, habiendo llegado a nuestra región y a nuestro país.

Advierte “*que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia*”.

Entre otros fundamentos agrega “*que nos encontramos ante una potencial **crisis sanitaria y social sin precedentes**, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y **basadas en las evidencias disponibles**, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario*” (destacado del suscripto), señalando respecto del campo de la policía de salubridad que “*... siendo su atinencia a todo lo que pueda llegar a afectar **la vida** y la salud de las personas....*”.

Se sostiene asimismo “*que las medidas que se establecen en el presente decreto resultan las imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos*”.

En consecuencia, el decreto dispone, en sus respectivos arts. 1 y 2 el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*”.... “*para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria*”, las que “*deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.... Sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos*”.

Si bien la medida fue dispuesta desde el 20 al 31 de marzo inclusive del año 2020, se estableció que dicho plazo podía prorrogarse “*por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica*”.

El art. 4 estableció que “*cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o de otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal*” agregando que “*El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte ne-*

cesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”.

II. La Ley N° 27541, los DNU y los arts. 76 y 99, inc. 3° de la Constitución Nacional

1. Ley N° 27541 en cuanto marco de emergencia de los decretos

La pretensión de encauzar los decretos 260/20 y 297/20 en el marco de la ley 27541, que declara la emergencia pública en materia sanitaria, “ampliándose” dicha emergencia a través de esos mismos decretos, resulta claramente inviable y, por tanto, inconstitucional.

En efecto, la ley 27541 es una suerte de “ley ómnibus” en materia de emergencia. Ello así porque, en su artículo 1° dispone declarar “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social....”.

El art. 2° establece las “bases de delegación” restrictivamente dispuestas por el Congreso de la Nación, atento la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo conforme el art. 76 de la Constitución Nacional.

Dichas “bases de delegación”, en lo referido a la emergencia sanitaria, están establecidas en el art. 2, inc. f).

Pues bien, no sólo que no existe la más remota referencia a una pandemia como el coronavirus sino que el inc. f) es claramente contradictorio con la normativa motivada y establecida por esa pandemia, esto es, por los DNU ya referidos.

En efecto, el inc. f) textualmente dispone:

*“Procurar el suministro de medicamentos esenciales para **tratamientos ambulatorios** a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad, el acceso a medicamentos a insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas **no trasmisibles**; atender el efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles **por vacunación** y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales”* (sic, destacado del suscripto).

La sola lectura de los decretos tornan palmaria la contradicción existente entre esa disposición arriba transcrita y las disposiciones de dichos decretos.

En efecto. A poco que se advierta que el núcleo crucial de los decretos restringe la libertad ambulatoria particularmente de los adultos mayores y de quienes se encuentren en situación de alta vulnerabilidad; que la ley se refiere -en lo pertinente- a enfermedades no trasmisibles o prevenibles por vacunación y que respecto del coronavirus aún no se conoce vacunación eficaz alguna, extremo éste que en buena medida motiva la gravosa normativa de los decretos y que, en definitiva, **la materia delegada parte del supuesto de la vida en condiciones de normalidad de la supervivencia humana** –supervivencia que precisamente ataca el COVID-19-, la ampliación de la emergencia con motivo del coronavirus deviene jurídicamente invalida, por pretender forzar, de manera inconstitucional, la ampliación de las “bases de delegación”.

Pero, además, las medidas severamente restrictivas de los derechos y garantías constitucionales tampoco fueron materia de delegación legislativa, menos cuando al momento de sancionarse la ley 27541 se ignoraba la existencia de una pandemia que el propio decreto 297/20 reconoce como una crisis sanitaria “*sin precedentes*”.

Por lo demás, tampoco las disposiciones del Título X de la ley 27541, referido a la Emergencia Sanitaria, son susceptibles de enmarcar, vía ampliación, la pandemia del coronavirus en aquella ley. Y ello no sólo porque la “base de delegación” es ajena a la materia de que tratan los DNU referidos al coronavirus sino también porque de aquellas disposiciones –arts.64 a 85 inclusive- no es posible inferir razonablemente esa misma materia.

El art. 76 CN resulta, pues, manifestamente violado.

2.El art.99, inc. 3° en cuanto instrumento jurídico idóneo para el contenido de los decretos

Tampoco parece idóneo el art. 99, inc. 3° de la CN a los fines de disponer una suspensión tan profunda y extensa de los derechos y garantías constitucionales.

Realmente resulta difícil suponer que el Constituyente haya facultado a los órganos constituidos prohibir a los habitantes, bajo amenaza penal, salir de su vivienda unos minutos para respirar aire fresco o para salir a trabajar para ganar el pan cotidiano para ellos y sus familias.

Tampoco parece prudente suponer que ese mismo Constituyente haya previsto que semejantes restricciones, que abajo enunciaremos, hayan sido obedecidas y, por tanto consensuadas, por esos mismos habitantes.

Y es que semejantes restricciones de los derechos y garantías más emblemáticas de nuestra Constitución Nacional concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo Nacional más bien se compadecería con el art. 29 de esa misma Constitución.

Aquí me permitiré acudir a la exposición de Martín Diego Barbará, en las Jornadas sobre “Derecho y Estado de Excepción”, que tuvo lugar en esta Facultad en el transcurso del mes de mayo de 2020.

En dicha exposición Martín estimó pertinente la relación entre el estado de excepción establecido con motivo de la pandemia y el relato de Esteban Echeverría en “El Matadero”. Me apropio, pues, previa autorización y por lo notablemente pertinente, de la cita.

Dicha cita se encuadra en que Esteban Echeverría criticaba, entre otros aspectos, que la Iglesia ordenara no comer carne y que Rosas lo hiciera cumplir a sus ciudadanos. Y así nos dice Echeverría:

“.....Pero no es extraño, supuesto que el diablo con la carne suele meterse en el cuerpo y que la Iglesia tiene el poder de conjurarlo: el caso es reducir al hombre a una máquina cuyo móvil principal no sea su voluntad sino la de la Iglesia y el Gobierno. Quizás llegue el día en que sea prohibido respirar aire libre, pasearse y hasta conversar con un amigo, sin permiso de autoridad competente. Así era, poco más o menos, en los felices tiempos de nuestros beatos abuelos que por desgracia vino a turbar la Revolución de Mayo.....” (1993:125).

Semejante suma del poder público es aquello que Echeverría está denunciando.

Fuente inspiradora, junto a otros partidarios de la libertad, del art. 29 CN.

Pues bien, el sistema jurídico vertebrado por los decretos, han empalidecido la cita libertaria de Echeverría.

Es por ello que no se va a encontrar en nuestra Constitución Nacional ninguna previsión susceptible de transformarse en un estado de excepción con *facultades extraordinarias* y *supremacías* tan amplias y severas como las que contiene el sistema jurídico de los decretos que, precisamente, ponen en manos del gobierno, *la vida* misma de la población, argentinos o no argentinos.

Ahora veamos, sin ser exhaustivos, los derechos y garantías constitucionales suspendidos:

Art. 14: Trabajar y ejercer toda industria lícita

Navegar y comerciar

Entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino

Usar y disponer de su propiedad (art.17)

Profesar libremente su culto

Enseñar y aprender

Art. 20: Afecta los derechos civiles reconocidos a los extranjeros

Art. 28: Alteración de los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN

Art. 43: apartado 4º: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio”

En la práctica no prospera. Se aplican los decretos.

Se trata, pues, de la suspensión de la vigencia de los derechos y garantías más emblemáticos de la Constitución Nacional, suspensión que si fuera inobservada y se pretendiera ejercer dichos derechos, se incurriría en delito penal con pena privativa de la libertad.

Por todo ello resulta jurídicamente imposible encontrar *dentro* de la Constitución previsión alguna a partir de la cual se legitime el sistema jurídico contenido en los decretos.

Las críticas que se formulan a los decretos desde el escenario de la Constitución, con la serie de inconstitucionalidades y vicios que se les señalan, significa que su contrapartida, en cuanto decretos vigentes y obedidos por el colectivo social y por los propios órganos de control –Poder Legislativo y Poder Judicial-, nacionales y provinciales, requiere reflexionar sobre dónde se encuentra su legitimación.

III.La Legitimidad de los Decretos: Racionalidad Científica y Consenso del Colectivo Social. *Necessitas legem non habet...et legem facit.*

Según he adelantado, resulta muy difícil, cuando no imposible, compatibilizar los decretos sobre la pandemia con la Constitución Nacional, no sólo por la vulneración de los derechos y garantías constitucionales

más emblemáticos sino por la ausencia de los órganos de control –Poder Legislativo y Poder Judicial- y por la obediencia que a los decretos han observado dichos órganos.

Debe advertirse que cada vez que un Juez rechaza un amparo o un habeas corpus interpuesto con fundamento en la inconstitucionalidad de una restricción establecida por los decretos, y el control de razonabilidad que aplica es el del sistema jurídico de esos decretos y no el del art. 28 de la Constitución Nacional, dicho Magistrado está confirmando la existencia de un sistema jurídico cuya legitimidad es ajena a la de la Constitución .

Se trata, entonces, de reflexionar y entender qué es el estado de excepción que se ha instalado en Argentina y, posiblemente, en el mundo, y qué riegos existen en relación a la existencia misma del Estado Constitucional de Derecho.

Creo que, para ello, es necesario atender a qué tipo de racionalidad se adscriben los decretos y es necesarios atender si dicha racionalidad es consensuada por el colectivo social que denominamos pueblo.

1.La Racionalidad Científica.

Soy de la convicción que para conocer a qué tipo de racionalidad adscriben los decretos, debemos situarnos en la relación entre científicos y políticos, entre expertos y políticos.

Ciertamente que la racionalización de las decisiones políticas ha sido en todo tiempo un problema del cual se ha ocupado la teoría política, el cual cruza a Grecia y en la modernidad desde Saint Simon.

En esa relación entre científicos y políticos, y en cuanto a la racionalidad a la que adscriben, *hasta el presente*, los decretos 260, 297 y las normas consecuentes, encuentro pertinente acudir a Jürgen Habermas y su trabajo sobre “*Verwissenschaftlichte Politik in demokratischer Gesellschaft*” (“Política científicada en una sociedad democrática”), en particular el estudio sobre ese trabajo de Klaus Lompe en su libro “*Wissenschaftliche Beratung der Politik*” (“Asesoramiento científico de la Política”).

En aquel trabajo, Habermas diferenció tres modelos, uno de los cuales admite una modalidad distintiva respecto del modelo “puro”.

Tales modelos son:

1. El modelo decisionista importa una estricta separación entre las funciones del experto y las del político. El político se sirve del

conocimiento científico, pero, en última instancia, no se puede fundamentar la acción política de conformidad al conocimiento científico sino que, muy por el contrario se decide entre concurrentes órdenes de valores y creencias.

Este modelo admite una modalidad, el “modelo decisionista ampliado”, en el cual el político puede servirse de ayudas estratégicas de decisión, las cuales disminuyen el margen de decisión pero, dentro de ese margen disminuido, se cumple lo sostenido por el decisionismo. Existe, pues, un límite para la racionalización científica.

2. El modelo tecnocrático: Aquí el político se convierte en órgano ejecutor de una inteligencia científica, inteligencia que desenvuelve, bajo concretas circunstancias, la imposición de fuentes de recursos disponibles y las estrategias y prescripciones de gobierno óptimos. En un Estado técnico, queda al político una actividad de decisión ficticia.
3. El modelo pragmatístico: En este modelo se presenta, en lugar de una estricta separación entre las funciones del experto y las funciones del político, una relación recíproca crítica. Ni es el experto soberano frente a los políticos, ni tampoco mantiene el político un ámbito de reserva por encima de los científicos y se decide sólo a través de un acto del querer. Se debe lograr una comunicación recíproca, es decir, debe desarrollarse una dialéctica entre lo que se puede y lo que se quiere, un esclarecimiento recíproco del saber técnico y de la conciencia práctica.

Pues bien, soy de la opinión que la racionalidad a la que adscriben los decretos es, hasta el presente, es la del modelo tecnocrático o científico, toda vez que es la comisión de expertos, particularmente epidemiólogos e infectólogos, quienes aconsejan al Presidente, las “*medidas necesarias*” para enfrentar al coronavirus, si bien no para aniquilar pero sí para prevenir, medidas que linealmente son aceptadas por el Presidente, quien asume la decisión de expresar la voluntad estatal a través de los respectivos decretos para evitar la propagación del virus en seres humanos.

La decisión política no se asume con fundamento en órdenes de valores y de creencias sino con fundamento en una inteligencia científica, la cual impone técnicas y estrategias de conformidad a los recursos científicamente disponibles.

Ciertamente que el presupuesto es el valor vida en sí mismo, no la libertad, la igualdad o la justicia, valores estos propios del texto constitucional.

El texto constitucional propone una “*vida buena*”, bajo el presupuesto de la existencia de la vida humana.

Para llegar a Grecia, a Roma o a la Revolución Francesa, primero el género humano tuvo que existir y subsistir.

El escenario actual es el de supervivencia, lo más amplia posible, de la existencia humana.

Resulta así que la objetividad jurídicamente protegida es la incolumidad física del ser humano, eso es, la vida misma.

La generalidad abstracta de los decretos tiene en miras el aseguramiento de la convivencia social a partir, paradójicamente, del aislamiento individual.

El aislamiento obligatorio, exigido bajo amenaza de coacción – decreto 260/20, art. 7, inc. e), 2º párrafo; decreto 297/20, art. 4º; arts. 205, 239 y cc. Código Penal – significa la atomización de la vida social a partir de la reducción extrema de la misma, para prevenir el contagio individual, es decir la *vida* individual, y, particularmente, la propagación a los demás, es decir, a la *vida* social y colectiva.

Precisamente esa finalidad de aseguramiento de la convivencia social bajo amenaza de coacción revela la naturaleza política de la decisión, si bien fundada en la “*evidencia científica*”.

Por lo demás, los propios decretos 260 y 297, expresan que las medidas que los mismo contienen se encuentran “*basadas en evidencia científica*”, según destacué en el primer punto del presente.

La racionalidad científica es la que fundamenta las normas sobre el presente estado de excepción.

2.El consentimiento del colectivo social

Hobbes, después de sostener que en el estado de naturaleza existe una “*guerra de todos contra todos*” (1984:104) y que, en ese estado, “*existe continuo temor de muerte violenta*” (1984:103), señala que la primera de las pasiones que inclinan a los hombres a la paz “*son el temor a la muerte*” (1984:105) (Leviatan, Parte I (Del Hombre), Capítulo XIII (De la

Condición Natural del Género Humano, en lo que concierne a su Felicidad y Miseria).

Y, al referirse a la generación de un Estado sostiene: “*La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica.....*” (Parte II (Del Estado), Cap. XVII (De las Causas, Generación y Definición de un Estado), (1984:137).

Temor a la muerte y necesidad del cuidado de su propia conservación, será aquello que motiva un pacto entre los hombres que instituya un Leviatan que los represente, sometiendo sus voluntades de cada uno a la voluntad del Estado, y sus juicios a sus juicios (Cap.XVII).

La delegación al Estado es de sus conductas y de su convicción íntima -juicio de lo justo e injusto- en cuanto puede generar conductas externas.

Nos quedaríamos a mitad de camino si afirmáramos que sólo el miedo al coronavirus motiva el consenso de la población.

El otro medio camino es el “*cuidado de la propia conservación*”, es decir, la **protección** contra el virus.

La circunstancia que la regla científica receptada en los decretos esté dando resultados eficaces respecto de la pandemia, ello significa **protección** a la población.

Y esta protección reclama **obediencia**.

Aquí se muestra , de manera directa, la imprescindible **conexión entre protección y obediencia**.

Resulta aquí pertinente la cita a Carl Schmitt en cuanto afirma: “...*En realidad no hay ninguna relación de dominación o de subordinación, ninguna legitimidad o legalidad racional, que prescinda de la conexión entre protección y obediencia. El protego ergo obligo es el cogito ergo sum del Estado, y una doctrina del Estado que no sea sistemáticamente conciente de esta máxima quedará como un fragmento insuficiente...*”(1984:48).

A continuación de esta “*máxima*” Schmitt destaca que el objeto principal del Leviatan es el de “*volver a proponer ante los ojos de los hombres la “mutua relación existente entre protección y obediencia”* (1984:49).

En efecto, esta conexión es el sentido del Leviatan: Desde la “Introducción” “...*ese gran Leviatan que llamamos república o Estado (en latín civitas) no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez*

que el natural **para cuya protección y defensa fue instituido...**”(1984:3), pasando por la “Misión del Representante Soberano” Parte II, Cap. XXX) “...la prosperidad de un pueblo regido por una asamblea aristocrática o democrática, no deriva de la aristocracia o de la democracia, sino de la obediencia y concordia de los súbditos; ni el pueblo prospera en una monarquía porque un hombre tenga el derecho de regirla, sino porque los demás obedecen. Si en cualquier género de Estado suprimis la obediencia (y, por consiguiente, la concordia del pueblo), no solamente dejará de florecer, sino que en poco tiempo quedará deshecho....”(1984:278) hasta el último párrafo del “Resumen o Conclusión” “...De este modo he llegado al fin de mi discurso sobre el gobierno civil y el eclesiástico....sin otro designio de poner en relieve **la mutua relación existente entre protección y obediencia...**”(1984:586).

La “mutua relación existente entre protección y obediencia” es la respuesta a la “guerra de todos contra todos”, es decir, la diferencia que media en un estado de naturaleza que lleva a la muerte violenta y un Leviatán o Estado que asegura la vida.

Norberto Bobbio, en su “Hobbes”, nos advierte que la finalidad de que el ser humano pacte para crear al Leviatán es para “*salvar lo más precioso que tiene, la vida*”: “La “guerra de todos contra todos” es una expresión hiperbólica: dejada de lado la hipérbole, significa aquel Estado en el que un gran número de hombres, uno por uno o en grupo, **viven en el temor recíproco y permanente de una muerte violenta**, a falta de un poder común. La hipérbole sirve solamente para dar a entender que se trata de un estado intolerable, del que el hombre ha de salir pronto o tarde **si quiere salvar lo más precioso que tiene, la vida**” (1995:47).

Por lo demás, acerca del carácter legitimador de la obediencia, Hermann Heller, en su “Teoría del Estado”, al momento de considerar “El poder del Estado como unidad de decisión política” nos dice: “Para que el gobernante disponga de poder social no basta con que motive las voluntades de otros hombres, sino que es preciso que pueda motivarlas para actividades socialmente eficaces que él determina. “**Su poder social consiste en las actividades de los que le obedecen: obedientia facit imperantem...**”(1995:311).

El temor a la muerte, la protección a la vida en cuanto materia excluyente de otros derechos y valores y la obediencia a esa protección otorgan al sistema jurídico de los decretos una legitimación propia, por *afuera* de la Constitución y, en general, contraria a los valores de libertad, igualdad y

justicia que dan *vida* a la Constitución. En ésta la vida son las ideas, allá la vida es la existencia física de las personas.

Las referencias de los decretos a la Constitución son sólo color, apariencia, fachada, maquillaje, pero no sustancia.

IV. Los decretos y el estado de excepción: Carl Schmitt y Giorgio Agamben

Carl Schmitt, en su “Teología Política”, inaugura el capítulo sobre “Definición de la Soberanía” afirmando que “*Soberano es quien decide sobre el estado de excepción*” (2009:13).

Esta definición tiene parecido con la decisión que establecen los decretos sobre la pandemia, aunque ello requiere de algunas consideraciones.

En efecto, Schmitt advierte que “.... *No toda facultad extraordinaria ni una medida cualquiera de policía o un decreto de necesidad son ya, por sí, un estado excepcional. Hace falta que la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente. Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término....*” (2009:17).

Ahora bien, si los derechos y garantías constitucionales más emblemáticos han sido suspendidos, si los órganos de control del Estado de Derecho –Poder Legislativo y Poder Judicial- no cumplen su función de control a quien decide en el presente estado de excepción, si el sistema jurídico de los decretos tiene facultad para ejercer la coacción física para el caso de incumplimiento de la normativa de dichos decretos, si la pretensión de ejercer los derechos constitucionales como la libertad ambulatoria es castigado con pena privativa de la libertad, esto es, el ejercicio del sistema de libertades de la Constitución Nacional se ha convertido en un delito, si todo ello es así, “*es evidente que el Estado subsiste y que el derecho ha pasado a segundo término*”.

Es claro, entonces, que si bien no existe “*suspensión total del orden jurídico*” constitucional vigente, es evidente que, en relación al sistema jurídico de los decretos la Constitución “*ha pasado a segundo término*”.

No estamos lejos, entonces, de un desplazamiento institucional hacia un soberano schmittiano.

Confirma esta apreciación la afirmación de Carl Schmitt a propósito del art. 48 de la Constitución de Weimar. Dicho artículo confería al Presi-

dente del Reich la facultad de declarar el estado de excepción con plenos poderes. Pues bien, aquí Schmitt sostiene que “...*si se pudiese ejercer sin control alguno*(esos plenos poderes), *equivaldría a haber otorgado la soberanía*” (2009:17).

Esta última circunstancia es la que caracteriza al sistema jurídico de los decretos: la ausencia de control institucional.

La soberanía se habría desplazado, pues, desde el principio de soberanía del pueblo establecida por nuestra Constitución con la virtualidad de que de esa soberanía del pueblo nacen las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución -art. 33 CN- hacia la soberanía de quien decide sobre el estado de excepción.

Giorgio Agamben inicia su “Estado de Excepción” manifestando que “*la contigüidad esencial entre estado de excepción y soberanía ha sido establecida por Carl Schmitt en su Teología Política (1922)*”. No obstante su definición sobre soberano es “aquel que decide sobre el estado de excepción”, advierte Agamben que “*falta hasta hoy en el derecho público una teoría sobre el estado de excepción*”, siendo considerado en “*una franja ambigua e incierta en la intersección entre lo jurídico y lo político*” (2014:25).

Para Agamben las medidas excepcionales “*se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho*”(2014:26).

Resulta particularmente relevante para la actual situación de excepción motivada por un enemigo –el virus- cuyo objetivo es cobrar la **vida misma** de los seres humanos, que en Agamben sitúe conceptualmente la excepción en relación con la **vida misma**.

En efecto, nos dice “...*si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho*”

“*Es esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar*”(2014:26).

Se trata, entonces, “*que lo que se pone en juego de comprender en la diferencia –o supuesta diferencia- entre lo político y lo jurídico y entre el derecho y lo viviente*”.

Pues bien, al finalizar su trabajo sobre “Estado de Excepción”, Agamben nos dice: “*lo que el arcanum imperii del poder contiene en su centro es el estado de excepción, pero éste es esencialmente un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida.....El aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente obliterado y contradicho por una violencia gubernamental que, ignorando externamente el derecho internacional y produciendo internamente un estado de excepción permanente, pretende sin embargo estar aplicando el derecho*” (2014:157-158).

La aporía entre la vigencia efectiva del estado de excepción y la vigencia formal de la Constitución resulta claramente expuesta, así como el espacio vacío puede transformarse en un agujero negro que devora a la Constitución.

V. Conclusión

Es ciertamente loable pretender juzgar *este estado de excepción* a través de nuestra Constitución.

Pero ello supone una confusión conceptual en tanto *este estado de excepción* estaría previsto *dentro* de la Constitución y el mismo no habría cumplido con las reglas constitucionales que lo previeron y estaría violando los principios ideológicos en que se fundamentan aquellas reglas (libertad, igualdad, justicia, división de poderes).

Por el contrario, *este estado de excepción* se encuentra *afuera*, al margen, junto a la Constitución.

Su legitimidad radica en la regla científica, en el temor a la muerte, en el cuidado de la propia conservación de la vida misma y en la conexión entre protección y obediencia.

El Estado Constitucional de Derecho ha pasado a segundo término.

Ha quedado enhiesto el Estado a secas. Las puertas del infierno están abiertas.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN GIORGIO. Estado de excepción. Adriana Hidalgo editora S.A. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2014.

- BARBARÁ MARTÍN DIEGO. Exposición sobre “Pandemia, emergencia y excepción”. Día 15 de mayo de 2020 en Jornadas sobre Derecho y Estado de Excepción organizada por la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales y por la Secretaría de Graduados. Facultad de Derecho. UNC.
- BOBBIO NORBERTO. Thomas Hobbes. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1995.
- ECHEVERRÍA ESTEBAN. La cautiva. El matadero. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. 1993.
- HABERMAS JÜRGEN. Verwissenschaftlichte Politik in demokratischer Gesellschaft. Manuskriptdruck der Studiengruppe für Systemforschung. Heidelberg. 1963.
- HELLER HERMANN. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1998.
- LOMPE KLAUS. Wissenschaftliche Beratung der Politik. Otto Schwartz & Co. Göttingen. 1972.
- SCHMITT CARL.
- El concepto de lo político. Gandhi S.A. Folios Ediciones. Buenos Aires. 1984.
- Teología Política. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2009.
- Teoría de la Constitución. Alianza Editorial S.A. Madrid. 2011.
- Catolicismo y Forma Política. Areté Grupo Editor. Buenos Aires. 2009.

DOCUMENTACIÓN

- Constitución de la Nación Argentina. Edición de Jurisprudencia Argentina S.A.
Ley 27541/19 <http://servicios.infoleg.gob.ar/>
- Decreto 260/20 <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Decreto 297/20 <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20 <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/>
- Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) vom 11. August 1919, en Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts. Comp. H. Hildebrandt. Schöninghs Geschichtliche Quellen. 1970.