

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

---

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

## TOMO I

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

**COORDINADORES:**  
MAXIMILIANO RAIJMAN  
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba  
2020

# PANDEMIA, POSTPANDEMIA Y DERECHO

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

## 1. Introducción

Hace ya décadas, desde esta Facultad de Derecho, Fernando Martínez Paz enseñaba que el Mundo Jurídico es multidimensional y en él se interrelacionan la dimensión antropológica, la sociológica, la cultural y la jurídica, esta última en su positividad y eticidad. Por eso, decía el maestro, los fenómenos jurídicos que lo conforman están configurados no sólo por un conjunto de normas, sino también por comportamientos jurídicamente relevantes y por las relaciones jurídicas, que se desarrollan en un espacio social e insertas en un tiempo<sup>1</sup>.

De ahí que, cuando un hecho extraordinario impacta fuerte y súbitamente en la sociedad, más específicamente en esta “sociedad de riesgos globales”<sup>2</sup> en la que hoy vivimos, como lo ha hecho la pandemia de COVID-19 en este año 2020, necesariamente ese impacto produce efectos en el Derecho, tanto en su positividad como en su eticidad. En efecto, tal como podremos comprobar de la lectura de los numerosos trabajos que han aportado para formar este libro diversos profesores eméritos, consultos y titulares de cátedra, en muchos casos acompañados por sus equipos, Argentina y la gran mayoría de los países del mundo se han visto en la necesidad de priorizar la adopción de medidas para enfrentar el fenómeno extraordinario que los aqueja y superarlo con el menor daño posible para la comunidad en su conjunto y cada uno de sus miembros. Eso ha llevado en muchos casos a tolerar como legítimas desde el punto de vista ético y de los valores, ciertas acciones, actos y decisiones que en tiempos normales se considerarían

---

<sup>1</sup> Cfr. MARTÍNEZ PAZ, Fernando; “La construcción del mundo jurídico multidimensional”; Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol XXXVI, Cba. 2003, pags. 44 y sgtes.

<sup>2</sup> Idem, pag. 72.

intolerables. De ahí que, con esa perspectiva, los ordenamientos jurídicos positivos han construido sistemas normativos especiales y transitorios, en menor o mayor medida según los casos y en algunos con una generación tan proficua de normas que, en no pocas ocasiones se contradicen entre sí y generan un verdadero laberinto de emergencia, en más de una ocasión haciendo uso abusivo del argumento de la emergencia por parte de los Poderes Ejecutivos, con una correlativa degradación de la función de control parlamentario<sup>3</sup>.

## 2. La pandemia de COVID-19 como situación de emergencia global

Sabemos que el mundo entero se ha visto conmocionado desde que, el 31 de diciembre de 2019, el gobierno chino informó a la Organización Mundial de la Salud haber detectado una misteriosa neumonía que -afirman- había infectado para entonces a cuarenta personas en la localidad de Wuhan en ese país. A partir de allí se genera el fenómeno de una velocísima propagación de la enfermedad. Comenzando por los países vecinos (Japón y Tailandia), en pocas semanas el contagio se extendió hasta Europa y luego hacia América y los demás continentes. El 11 de marzo de 2020, cuando la enfermedad había afectado ya a 114 países del mundo y había provocado más de 4000 muertes, la Organización Mundial de la Salud declara oficialmente que se trata de una pandemia y llama “a los países a tomar medidas urgentes y agresivas”<sup>4</sup>.

Es verdad que no es la primera vez que el ser humano siente amenazada su subsistencia por pestes o epidemias. Desde la antigüedad, en muy variados tiempos y lugares, ello ha ocurrido. Pero también es cierto que la que hoy nos

---

<sup>3</sup> Véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso en el prólogo a la obra colectiva “COVID-19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena”, Coordinadores: Daniel Barceló Rojas, Sergio Díaz Ricci, Javier García Roca y María Elizabeth Guimaraes Teixeira Rocha; UNAM- México 2020; pag. XV. El autor denuncia que el uso abusivo del Decreto-Ley para supuestos de más que dudosa necesidad y urgencia en España ha tenido “masiva utilización” durante el lapso que duró el estado de alarma, que “se han regulado por esa vía cuestiones cuya extraordinaria urgencia o necesidad era nula, e incluso se han aborde la dado materias absolutamente ajenas a la finalidad sustancial de la norma” por lo que entiende que ha habido para el parlamento una “degradación, no sólo en la función legislativa sino también en la función de control”.

<sup>4</sup> Declaraciones del Director General de la OMS Tedros Ahanom Ghebreyesus, publicadas en ABC, ed. Del 13/3/2020, <https://www.abc.es/sociedad/abci-declara-coronavirus-convertido-pandemia>»

afecta tiene características muy particulares porque amenaza simultáneamente y en forma global a los habitantes de los cinco continentes.

Ante el espectáculo generalizado de contagios masivos y muerte, la humanidad vuelve a experimentar su vulnerabilidad, en contraste con la creencia -hasta entonces fuertemente arraigada- en una suerte de omnipotencia basada en sus avances científicos y tecnológicos, que habían creado la ilusión de hallarnos en un camino que nos conduciría fatalmente a un progreso lineal, donde incluso la expectativa de vida podía prolongarse cada vez más y más. De pronto, pequeños seres, imperceptibles a la vista, ponen en jaque a las más grandes potencias, tanto como a los pueblos más pobres y hacen que se desplomen las economías de unos y otros, con su secuela de quebrantos, desocupación y pobreza. Esta es la otra cara, quizás no suficientemente atendida hasta ahora de la pandemia y lo será, sin lugar a dudas, de la post pandemia. Con mayor razón en países que, como el nuestro, se encontraban ya en una situación socioeconómica crítica en la pre-pandemia.

Los hechos que vive la humanidad en general en este año 2020 reúnen sin lugar a dudas los requisitos para configurar una situación de emergencia desde el punto de vista jurídico, tanto es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo ser “consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19”, por lo que recomienda que las “medidas que los Estados adopten 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 ...”<sup>5</sup>

En efecto, estamos ante un hecho o, mejor aún, un conjunto de hechos excepcionales que ponen en riesgo “la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones”<sup>6</sup> y por tanto, podemos sostener que generan un verdadero *estado de necesi-*

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Declaración 1/2020 del 9 de abril de 2020.

<sup>6</sup> CSJN 27/12/90, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-)” consid. 43; LL 1991-C, 158.

*dad*, como decía Alfredo Orgaz para referirse al instituto de emergencia que en Argentina se denomina estado de sitio<sup>7</sup>.

Los hechos que configuran esta situación de emergencia tienen la *gravedad* suficiente para generar un riesgo cierto para la salud y la vida misma de los miembros de la comunidad.

Por otra parte, nos hallamos también frente a circunstancias *excepcionales* o *extraordinarias*, es decir que se encuentran fuera de los acontecimientos que regular u ordinariamente acontecen y, por eso, también tienen carácter *transitorio*. Ese extremo es clave para calificar a una situación fáctica como emergencia porque, por grave que ella sea, si es permanente, es decir, si no hay perspectivas de superarla en un lapso determinado, no se trata de una emergencia, sino, en todo caso, un mal crónico que no justifica medidas excepcionales.

Pero lo inédito de que estos hechos impactan de manera casi simultánea en los cinco continentes le da a éstos características muy especiales que merecido la calificación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de “**emergencia sanitaria global sin precedentes**” que “puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad”<sup>8</sup>.

### 3. Situaciones de emergencia e institutos de emergencia

Las situaciones de emergencia impactan en el Derecho, sea que hayan sido generadas por hechos de la naturaleza, como la pandemia en este caso o terremotos, inundaciones, etc. o a hechos del hombre de carácter político (guerras, conmociones internas, etc.) o socio-económico (grandes crisis económicas con impacto social).

Diego Valadés afirma que son “situaciones que ponen en peligro la existencia misma del Estado, cuya gravedad hace necesario aplicar deter-

---

<sup>7</sup> Voto en disidencia del presidente de la CSJN, Dr. Alfredo Orgaz, en el caso “Sofía” (22/5/59) Fallos 243:504. En igual sentido SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As., 1997, t. 2, p. 189.

<sup>8</sup> CIDH; Resolución N°1/2020 del 10/4/2020, punto A).

minadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en tiempos normales, estarían prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”<sup>9</sup>.

Algunos ordenamientos jurídicos prevén expresamente institutos de emergencia, es decir que regulan de diversas maneras en sus constituciones las consecuencias jurídicas de las situaciones de emergencia, mientras que otros no se ocupan del tema.

Entre los primeros, algunos lo hacen utilizando fórmulas con la suficiente amplitud para dar cabida a todo tipo de situación de emergencia, cualquiera sea la causa que la provoque, como lo hace la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup> y otros regulan institutos de emergencia para tipos acotados de situaciones de emergencia, en general limitándose a las de naturaleza política, como es el caso del art. 23 de la Constitución Argentina (sólo los supuestos de ataque exterior y conmoción interior que pongan en peligro el orden constitucional o sus autoridades).

Pero debemos tener en claro que, sea que existan o no institutos de emergencia previstos en el derecho positivo vigente y sea que éste contemple o no el supuesto fáctico específico que enfrenta la comunidad en cada momento, la situación de emergencia produce de todos modos su impacto en el orden jurídico, porque basándonos en principios jurídicos del Derecho Natural, podemos sostener sin dudar que es legítimo que la comunidad reaccione en defensa propia, incluso restringiendo o limitando temporalmente el ejercicio de derechos fundamentales, con fundamento en el estado de necesidad.

En este sentido se ha dicho que “no es posible, ni siquiera deseable, que la norma prevea todas las cosas susceptibles de ocurrir, por lo cual además de las reglas específicas existen principios generales para aplicarse en los casos imprevistos. Principios y reglas proveen el instrumental

---

<sup>9</sup> FERRER MAC GREGOR, Eduardo; “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” en “COVID-19 y Parlamentarismo” cit., pag. 5, citando como referencia el caso “J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas” Corte IDH. Sent. del 27 de noviembre de 2013, Serie C, N° 275, parr. 137.

<sup>10</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos ha contemplado en su art. 27 como situaciones de emergencia los casos de “*guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte*”.

adecuado para las situaciones excepcionales, que a su vez admiten niveles variables de gravedad”<sup>11</sup>.

Por esa razón vemos que en diversos países se han legitimado soluciones análogas pese a la variedad de instrumentos jurídicos. Todos los países europeos, frente a la pandemia, han adoptado “medidas con contenidos muy similares, pero bajo marcos constitucionales y legales muy diversos”<sup>12</sup>. Algunos como España, hicieron uso de un instituto de emergencia previsto en la Constitución (estado de alarma), otros no han declarado la emergencia, como Alemania o Francia, pero de todos modos impusieron restricciones excepcionales a los derechos, en el caso francés incluso impuso el confinamiento por decreto presidencial; Italia utilizó el instituto de los “decretos leyes”, semejante a los Decretos de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) argentinos y Bélgica el de la delegación de potestades legislativas del Parlamento al Gobierno.

Ese impacto de la situación de emergencia en el ordenamiento jurídico se traduce, en general, en un fortalecimiento del poder estatal y una correlativa restricción de los derechos de las personas y aquel fortalecimiento se concentra generalmente en el Poder Ejecutivo que, en tanto poder administrador, tiene a su cargo la gestión tendiente a superar la crisis y dispone de los recursos económicos y técnicos necesarios para ello<sup>13</sup>. Suelen producirse desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de éstas<sup>14</sup>.

Estas consecuencias jurídicas provocadas por la **situación de emergencia** conforman un conjunto de reglas que conforman lo que denominamos **instituto de emergencia**.

Ya en la época de la República en la antigua Roma, el Senado podía otorgar a un ciudadano, por un plazo breve y determinado, el cargo de *dictador* con atribuciones casi ilimitadas, cuando era necesario para superar una situación de emergencia. Durante la Edad Media los príncipes y emperadores designaban delegados suyos denominados *comisarios* para

---

<sup>11</sup> VALADÉS, Diego; “Problemas constitucionales de los estados de emergencia”, *Covid 19 y Parlamentarismo*”, cit. pag. XX.

<sup>12</sup> GARCÍA ROCA, Javier; “El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: La experiencia del coronavirus”; en *Covid 19 y Parlamentarismo* cit., pag. 22.

<sup>13</sup> Véase ROMERO, César Enrique, trabajo titulado *El Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea*, en “Temas Constitucionales y Políticos”, U.N.Cba., 1971

<sup>14</sup> SAGÜÉS, Néstor; *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2007, pag. 585

sofocar rebeliones que tenían facultades discrecionales, aún para apartarse del derecho vigente. En Inglaterra hay antecedentes, aunque escasos, de leyes que suspendían el hábeas corpus en períodos de emergencia<sup>15</sup> y la Constitución de Estados Unidos de 1787 previó la suspensión del hábeas corpus en los “casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera”. Los antecedentes patrios en Argentina, a partir del “Decreto de Seguridad Individual” de 1811, previeron la suspensión de sus normas “sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria”. El constituyente argentino de 1853 previó el instituto del Estado de Sitio (art. 23 C.N.).

#### 4. Derecho de emergencia

En general se admite que, por aplicación del principio jurídico del *estado de necesidad*, frente a una auténtica situación de emergencia que así lo requiera indefectible e imperiosamente, exista o no un instituto de emergencia previsto en la Constitución y sea que la situación encuadre o no en el que estuviere contemplado normativamente, es legítimo que el Estado adopte medidas no reguladas o incluso, que podrían considerarse *prima facie* como contrarias a la Constitución. Ello así en virtud del “*derecho natural de autoconservación de la sociedad y del Estado -que son previos a cualquier constitución-, partiendo del supuesto, además, de que sin alguno de ellos no podrá haber tampoco una Constitución*”<sup>16</sup>

La situación de emergencia impacta en la comunidad en su conjunto. Difícilmente existan ámbitos de la vida en sociedad que no resultan afectados por ella y en consecuencia, para superarla y evitar o aminorar los daños que ella produce, se generan regulaciones jurídicas especiales que, partiendo de una interpretación de la misma Constitución desde la perspectiva del estado de necesidad, altera las reglas que rigen las más diversas relaciones jurídicas, generando un conjunto normativo de carácter provisorio, no siempre coherente y que en ocasiones excede los límites hasta donde pueden ser legítimamente restringidos los derechos fundamentales aún en tiempos de emergencia.

<sup>15</sup> Sánchez Viamonte cita las leyes de 1794, 1798 y 1811. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz “estado de sitio”, t. X, p. 956

<sup>16</sup> SAGÜÉS, Néstor; *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2007, pag. 588

Nace así un conjunto normativo, algo caótico a veces por la urgencia con que se van adoptando medidas sucesivas, que podemos denominar genéricamente “Derecho de Emergencia” y que se torna todavía más complejo en las federaciones, por el sistema de reparto de competencia entre los sujetos de la relación federal y con mayor razón en Argentina, que es una federación de base municipal y en la cual el poder de policía en materia sanitaria está prioritariamente dentro del ámbito de competencia local, a punto tal que algunas constituciones provinciales reivindican expresamente esa atribución<sup>17</sup>, ello sin perjuicio de las potestades concurrentes del Gobierno Federal cuando se halle comprometido el “bienestar de todas las provincias” (art. 75 inc. 18 C.N.).

En efecto, con acierto señala Díaz Ricci que “el cumplimiento de la medida de confinamiento y sus complementarias fueron posibles porque las provincias dictaron normas locales ... de recepción de la normativa nacional en su derecho interno, como un modo de unificar en todo el territorio nacional las pautas de actuación de ASPO”<sup>18</sup>

Por otra parte, conviene advertir que no podría afirmarse *a priori* que ninguna disciplina jurídica quede al margen de sufrir alguna alteración de las reglas y principios sobre las que se funda en tiempos normales. Aunque lo relativo a la emergencia aparece *prima facie* vinculado al Derecho Público, aquélla no deja de afectar las relaciones regidas por el Derecho Privado o por el Derecho Laboral y de la Seguridad Social y, sin lugar a dudas tiene estrecha relación con el Derecho Penal y con las diversas ramas del Derecho Procesal. Los aportes de los profesores que han contribuido a formar esta obra desde la perspectiva de sus respectivas disciplinas ponen de manifiesto este aserto.

## 5. ¿Emergencia dentro o al margen de la Constitución?

Este fenómeno de generación de un conjunto de normas especiales de estas características, transitorias, excepcionales y que colocan como

---

<sup>17</sup> El art. 59 de la Constitución de Córdoba dispone que esa provincia “conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud” y en términos casi idénticos se pronuncia el art. 146 de la Constitución de Tucumán.

<sup>18</sup> DÍAZ RICCI, Sergio; “El sistema de fuentes del Derecho en Argentina por la Emergencia Sanitaria” en “Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena” cit., pag. 293.

finalidad prioritaria la superación de la situación de emergencia y legítima en el estado de necesidad medidas que en tiempos normales difícilmente serían consideradas legítimas, es una aplicación de la regla según la cual *necessitas ius constituit* (la necesidad crea derecho)<sup>19</sup>.

Pero la cuestión pasa por precisar qué tipo de derecho es el que crea la necesidad o, para decirlo con más precisión, si el derecho que surge de la necesidad o emergencia con la finalidad de superarla, nace dentro del orden constitucional y, por tanto, para tutelar la constitución y está sujeto a sus límites o, por el contrario, nace fuera de ese orden constitucional y procura suplantar, reemplazarlo por un nuevo orden y esquema de poder. En este último caso, en realidad, nos estaríamos apoyando en la regla opuesta según la cual *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene ley)<sup>20</sup>.

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

La regla *necessitas not habet legem* fue utilizada en la Edad Media por los canonistas para justificar ciertas conductas ilícitas por el estado de necesidad, en especial el hurto famélico. Pero, trasvasada ésta al Derecho Público, sirve para argumentar que cualquier exceso del poder público está justificado si se funda en la necesidad del poder, o sea en la “razón de Estado”.

No cabe duda alguna que esa visión nos coloca en la antípoda del principio republicano, que postula el gobierno de la ley y no de los hombres. Esta noción, producto del desarrollo del pensamiento político y jurídico de Occidente, desde el pensamiento de Platón y Aristóteles y hoy universalizada, es absolutamente incompatible con un estado de excepción en el que no hay Constitución, no hay ley, no hay derecho natural, no hay derechos fundamentales, en suma, no hay nada que esté por encima de la decisión de quien, argumentando la necesidad de superar la emergencia, tiene en los hechos la posibilidad de imponer su voluntad a los demás.

El Estado Constitucional de Derecho en general y en particular también el argentino opta claramente por el gobierno de la ley. “*El argumento*

---

<sup>19</sup> TOMADA DE MODESTINO, Digesto 1,3,40: *ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* (así pues, todo derecho fue creado por el consenso o constituido por la necesidad o confirmado por la costumbre).

<sup>20</sup> PUBLILIO SIRIO. Sententiae A. 883, H5084,S 5708.

*principal que justifica la solución elegida radica en que la ley, según la expresión aristotélica es 'razón sin apetito', es decir racionalidad objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de convertirse en el gobierno de las predilecciones subjetivas del funcionario de turno, el capricho o, peor aún, la corrupción*"<sup>21</sup>.

Pero hemos dicho que, ante una situación de emergencia como dato fáctico objetivo, la necesidad de preservar a la comunidad y al Estado Constitucional constituye o crea Derecho, para dotar al poder público de las herramientas necesarias para superar la amenaza que se cierne sobre ella, cuando esa finalidad no puede alcanzarse con las normas previstas para tiempos normales, de calma y tranquilidad. Sin embargo, ese derecho de la emergencia nace dentro de la Constitución y se ajusta a sus límites.

Para que sea posible ese delicado equilibrio entre el respeto de la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella derivan, por una parte y un ejercicio enérgico y eficaz para enfrentar la emergencia de la potestad estatal de regular su ejercicio, es imprescindible que se fortalezcan los mecanismos de control entre los órganos que ejercen el poder, los pesos y contrapesos inherentes a la república. La emergencia genera como consecuencia natural una mayor concentración de poder en el órgano ejecutivo, pero esa circunstancia debe necesariamente ser acompañada por un correlativo fortalecimiento de los controles republicanos.

Si se quiere preservar el Estado Constitucional de Derecho aún dentro de la emergencia -en este caso de la pandemia- no se puede suspender, ni desplazar, ni modular más allá de lo imprescindible, la división horizontal y vertical del poder. "Hay contrapesos. Concentrar el poder en el Ejecutivo, provisionalmente, no puede confundirse con una autocracia, si el Parlamento y los tribunales lo fiscalizan"<sup>22</sup>, pero la existencia de controles vigorosos de naturaleza política (a cargo del órgano legislativo) y jurídica (a cargo de los órganos jurisdiccionales) es *conditio sine qua non* para alcanzar el equilibrio que preserve el Estado Constitucional y permita que el Estado sea eficaz en su función de lograr superar la situación de emergencia. De allí que el art. 27.2 de la C.A.D.H. establece que, aún en el marco de

<sup>21</sup> LALANE, Julio E.; "Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles". *Prodentia Iuris*, N°7 9, 2015, pag. 30.

<sup>22</sup> GARCÍA ROCA, Javier, ob. Cit. pag. 18.

una situación de emergencia formalmente declarada y comunicada, existe un núcleo inderogable de derechos y también le asigna ese carácter a las “garantías judiciales indispensables para su protección”, lo que incluye todos los procedimientos que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de esos derechos<sup>23</sup>, como así también “*el entero régimen de protección judicial del art. 25*”<sup>24</sup>.

Un antiguo fallo de la Suprema Corte de Justicia argentina sostiene que la Constitución “*es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la república, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse*”<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “*Teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia*”<sup>26</sup>.

Esto no significa que el Estado quede inerte para cumplir su rol de garante del bien común frente a la situación de emergencia, porque sabemos bien que los derechos no son absolutos, de manera que aún en tiempos de normalidad el Estado puede y debe regular el modo y condiciones en que aquéllos deben ser ejercidos, estableciendo restricciones razonables para ordenarlos a las exigencias del bien común, único fundamento que -fuera de los derechos de los demás- puede legitimarlas (art. 14 C.N., art. 32.2 CADH y art. 29.2 DUDH). El ejercicio de esa potestad denominada generalmente “*poder de policía*”, es inherente al gobierno de toda comunidad por lo que, en un Estado federal como el argentino, va a ser ejercido por el Gobierno Central, por las provincias y por los municipios, cada uno de ellos en el ámbito de sus competencias constitucionales.

---

<sup>23</sup> Corte I.D.H., O.C. 8/87, par. 27 y 28.

<sup>24</sup> Corte I.D.H., O.C. 9/87, par. 23.

<sup>25</sup> C.S.J.N., 14/12/1927, “Cía. Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán”, Fallos 150:150.

<sup>26</sup> CIDH, Resolución 1/2020, punto B-II.

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

Pero, si estas restricciones a los derechos fundamentales, aún siendo excepcionales y motivadas en la emergencia, nacen dentro del orden constitucional y son legitimadas por éste, se encuentran también sujetas a los límites que les impone la Constitución, esto es los principios de reserva de la intimidad y de legalidad (art. 19 C.N., art. 29 inc. 2 DUDH; art. 30 CADH), el principio de igualdad (art. 16 C.N.; art. 26 PIDCyP; arts. 1.1 y 24 CADH) y el principio de razonabilidad (art. 28 C.N. y jurisprudencia CSJN<sup>27</sup>). Este último exige que toda restricción a un derecho, para ser razonable y, por ende, válida, debe estar justificada en una finalidad de bien común<sup>28</sup> -que en el caso de las medidas de emergencia no puede ser otra que superar esa situación de hecho-, debe ser un medio adecuado para alcanzar esa finalidad<sup>29</sup> y debe guardar proporción<sup>30</sup> entre la magnitud de la afectación del derecho y el mal que se pretende evitar. Pero, cuando se trata de medidas fundadas en la situación de emergencia, además deben ser limitadas en el tiempo, es decir no extenderse más allá de lo estrictamente necesario para superarla y jamás extenderse con posterioridad a su superación<sup>31</sup>,

Podemos comprobar entonces que el Estado Constitucional de Derecho puede defenderse legítimamente a sí mismo y al bien común me-

---

<sup>27</sup> C.S.J.N., “Arenzón vs. Gob.Nac”, Fallos 306:400; en igual sentido “Almirón”, Fallos 298:223, entre otros.

<sup>28</sup> Arts. 29 inc. 2 DUDH y 32 inc. 2 CADH.

<sup>29</sup> CIANCIARDO, Juan; “Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación”. Id, SAJ dacf03001.

<sup>30</sup> C.S.J.N., Fallos, t. 276, p. 72 y sus citas, entre otros. Estos principios generales han sido receptados por la CIDH, en su Resolución N°1/2020, parte resolutive, puntos 3.f y g, 21 y 28 .

<sup>31</sup> Cfr. VALADÉS, Diego, “La dictadura constitucional en América Latina”, México, UNAM 1974 esp. Pags. 123-154; García Belaúnde, Domingo “Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas” en AAVV, “Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno”; Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, pags. 4-111.

dian­te in­sti­tutos de emer­gen­cia ge­ne­ra­dos en su pro­pio se­no y su­je­tos a los lí­mites y con­tro­les que él mis­mo ha es­ta­ble­ci­do pa­ra la tu­te­la de los de­re­chos hu­ma­nos.

Pero tam­bién po­de­mos ve­ri­fi­car que en mu­chos ca­sos, la si­tuación de emer­gen­cia o ne­ce­si­dad ter­mi­nó ge­ne­ran­do una suerte de con­sen­so en una con­cen­tra­ción del po­der en gra­do ex­tre­mo, a pun­to tal que en los he­chos la vo­lun­tad del go­ber­nan­te se co­lo­có por en­ci­ma de la mis­ma Con­sti­tu­ción. En esos su­pues­tos ob­ser­va­mos una “*destrucción, despla­za­mien­to o sus­pen­sión de la Con­sti­tu­ción*”, por­que ésta “*va per­diendo vi­gen­cia ante el avan­ce de vi­gen­cias con­tra­rias, que signifi­can la afir­ma­ción de una con­sti­tu­ción nue­va y dis­tin­ta, nor­mada en ge­ne­ral ex­tra­le­gal­men­te y a ve­ces par­cial­men­te me­diante le­yes an­ti­con­sti­tu­cio­na­les*”<sup>32</sup>.

Cuan­do eso ocu­rre nos ha­lla­mos fren­te a la no­ción de “es­ta­do de ex­cep­ción” de Carl Schmitt<sup>33</sup>, en­ten­di­do co­mo la fa­cul­tad por prin­ci­pio ilí­mi­ta­da que tie­ne un so­bera­no pa­ra dic­tar la sus­pen­sión del or­den vi­gen­te en su to­ta­li­dad, por lo que co­nsi­de­ra que es so­bera­no quien de­ci­de el es­ta­do de ex­cep­ción.

Fix Zamudio, en un me­du­lo­so tra­ba­jo so­bre el te­ma que nos ocu­pa, di­fe­ren­cia es­tos dos “se­cto­res de apli­ca­ción de las de­claracio­nes de emer­gen­cia o de ex­cep­ción”; o sea, las que se ge­ne­ran den­tro del or­den con­sti­tu­cio­nal y pa­ra tu­te­larlo y las que se ge­ne­ran al mar­gen de éste y, sea que ex­pli­ci­ten o no ese pro­pó­si­to, ter­mi­nan despla­zán­do­lo. El Ma­es­tro me­xi­ca­no ca­li­fi­ca de “pa­to­lógica” la se­gun­da op­ción, pre­ci­sa­men­te por­que “su pro­pó­si­to no fue la con­ser­va­ción del ré­gi­men de­mo­crá­ti­co en esas si­tuacio­nes ex­cep­cio­na­les”<sup>34</sup>, a la vez que se­ña­la que la pri­me­ra “se ha vi­go­ri­za­do en los úl­ti­mos años”.

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

---

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS, Germán; *Derecho Constitucional*, Tomo 1, Ediar, 1964, pag. 182.

<sup>33</sup> Este concepto es desarrollado por el citado autor en su obra “Teología Política”.

<sup>34</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor; “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, Boletín Mexicano de Derecho comparado, Vol 37, n° 111, par. 13 y 14.

Allí radica el núcleo de la controversia generada entre algunos científicos, periodistas y personalidades destacadas en Argentina, porque mientras hay quienes denuncian que “*la democracia está en peligro*” porque, al amparo de la emergencia, se estaría instalando una “*infectadura*”<sup>35</sup>, otros afirman con idéntico énfasis que hoy, más que nunca es necesario realizar “*un esfuerzo adicional para salvar vidas*” y “*maximizar la efectividad de la cuarentena*” para lograr las condiciones que hagan razonable “*comenzar la flexibilización de las medidas*”<sup>36</sup>.

El dilema es común a la mayoría de los estados constitucionales del mundo ante la emergencia global, porque parecen caminar sobre una cuerda en la que, hacia un lado está el riesgo de abandonar la constitución y el estado de derecho y, hacia el otro, el del avance descontrolado del contagio. Cada uno de estos riesgos implica sus respectivas secuelas de gravedad profunda. La cuestión pasa por determinar si la eficacia en el combate contra la pandemia es atributo exclusivo de los sistemas autoritarios o, por el contrario, el estado constitucional de derecho puede serlo tanto o más que aquellos, sin renunciar a ni a su “presupuesto antropológico” que es la tutela de la dignidad de la persona humana, ni a su “consecuencia organizacional”<sup>37</sup> que son los principios fundamentales de la democracia, la república y, en el caso argentino, el federalismo.

Ahora, otra perspectiva que hoy no puede obviarse al analizar este tema es la de los sistemas supranacionales (regionales e internacionales) de protección de los derechos humanos al que los estados en su gran mayoría se han incorporado, sometiéndose incluso muchos de ellos a la jurisdicción de tribunales internacionales. En definitiva, el replanteo del concepto de soberanía, como consecuencia del proceso de globalización, ha hecho surgir la noción de *bien común universal*<sup>38</sup>. Este último, que trasciende al bien común de cada estado pero lo incluye, justifica que se limite el concepto de soberanía y ello dificulta abordar lo relativo a los estados de excepción desde la perspectiva de Schmitt, vinculándolo a dicho atributo del poder estatal, porque muy probablemente la sustitución, desplazamiento o sus-

---

<sup>35</sup> <https://www.infobae.com/politica/2020/05/29/>

<sup>36</sup> <https://www.infobae.com/sociedad/2020/06/01/>

<sup>37</sup> HÁBERLE, Peter ; “El Estado Constitucional Europeo” en *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2004, pag. 159.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 164.

pensión de la Constitución, también habrá de implicar una violación de los compromisos internacionales contraídos por ese Estado.

Fix Zamudio señala que *“la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han incorporado a su derecho interno los derechos establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos ... ya sea con carácter de normas fundamentales o al menos con jerarquía superior sobre la legislación interna, por lo que las muy diferentes regulaciones nacionales sobre los estados de excepción ... han sido modificadas, algunas de manera expresa, por las normas internacionales y, por esto, los estados de emergencia están sujetos a las modalidades, principios y condiciones establecidas por los instrumentos internacionales”*<sup>39</sup>.

## 6. La postpandemia

Parece indudable que de la postpandemia hoy no podemos más que hacer conjeturas y formularnos interrogantes, porque la pandemia está aquí, con nosotros y no sabemos hasta cuándo, lo que nos lleva a cuestionarnos la transitoriedad de las restricciones a los derechos fundadas en la emergencia, cuando no divisamos el horizonte de su finalización y nadie puede seriamente poner un plazo.

De todos modos existen elementos de juicio que permiten esperar que en algún momento, más próximo o más lejano, el riesgo de contagio o la letalidad de la enfermedad, no digamos que desaparezcan, pero al menos disminuyan sensiblemente.

Cabe preguntarnos: ¿cuál será el escenario que encontraremos en ese momento futuro e hipotético? Sin dudarlo no será una vuelta sin más al punto de partida, o sea a la situación existente al 31 de diciembre de 2019, porque el paso de la pandemia habrá dejado sus huellas que probablemente subsistan por algún tiempo, más o menos extenso y quizás alguna sean indelebles.

Por un lado, sabemos ya de los lamentables efectos socio-económicos de la pandemia en la casi totalidad de los países que ha afectado. La paralización de la actividad productiva y económica en general está provocando ya -y es previsible que seguirá haciéndolo- quebrantos y cierres de fuentes de trabajo, lo genera desocupación e incrementa la pobreza. Estas secuelas

---

<sup>39</sup> FIX ZAMUDIO, ob. cit., par. 64.

de la pandemia no se solucionarán sin más con el descubrimiento de una vacuna y requerirán necesariamente de una respuesta de los Estados que seguramente no será la que da a esos problemas en tiempos ordinarios. Porque aún cesado el riesgo de contagio, seguiremos frente a otra emergencia, quizás no ya sanitaria, pero seguramente sí social y económica.

Entonces ¿De qué manera los Estados van a cumplir su compromiso de adoptar medidas “para lograr la plena efectividad” de los derechos económicos y sociales aplicando “hasta el máximo de los recursos de que disponga”<sup>40</sup>? ¿Lo harán individualmente, cada uno por su cuenta y con sus medios o mediante la asistencia y cooperación internacional?

Lo que ocurra respecto de la última pregunta es clave porque se ha dicho que estamos ante una emergencia sanitaria global y, si bien es cierto que la pandemia ha afectado con crudeza en lo económico y social, tanto a países centrales y altamente desarrollados como a los que no lo son, también es cierto que el punto de partida no es igual en aquellos que en estos otros, máxime cuando, como en el caso argentino, aquella irrumpe en un marco de crisis preexistente, motivada en gran medida por problemas económico-financieros, que ya había dado lugar a la declaración por el Congreso de la Nación de la “emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social”<sup>41</sup>.

Todo lleva a pensar que las medidas excepcionales fundadas en la emergencia se habrán de prolongar por un tiempo mayor al de duración de la pandemia aunque, claro está, afectando los derechos con una intensidad distinta, porque la situación de emergencia -en este caso económica y social- será diversa. Obviamente el nivel y grado de restricciones que resultan razonables por razones sanitaria, en muchos casos se tornarían irrazonables y, por ende, inconstitucionales.

Otro interrogante que nos planea la postpandemia es el de los efectos que ésta habrá de producir en cuanto a la globalización. Es cierto que se ha reconocido que estamos frente a una emergencia global, nadie lo discute. También es claro que, como dice Gentile, “esto nos prueba que las murellas y fronteras con que fraccionamos el mundo no sirven para frenar ni detener la epidemia”<sup>42</sup>. Pero no es tan claro que, como considera este autor,

---

<sup>40</sup> Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>41</sup> Ley 21.541 sancionada el 21 de diciembre de 2019.

<sup>42</sup> GENTILE, Jorge; “Control parlamentario del gobierno en estados de emergencia sanitaria”, en *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena* cit., pag. 43.

---

la pandemia vaya a poner un freno a las reacciones nacionalistas contra la globalización que se advierten en los liderazgos políticos de Trump en EEUU, de Putin en Rusia, de Bolsonaro en Brasil o el Brexit del Reino Unido, por solo mencionar algunos casos. En realidad, los Estados reaccionaron frente a la pandemia cada uno por su cuenta, sin una estrategia coordinada y global que quizás hubiera sido de esperar. Y lo hicieron priorizando de manera diversa y con mayor o menor éxito, los valores en conflicto al tomar las decisiones.

¿Será posible que en la pospandemia la reconstrucción del tejido social y de las economías se encare desde una estrategia de cooperación, coordinación y asistencia internacional basada en el principio de solidaridad? Eso sería lo deseable, pero no siempre lo deseable es lo que ocurre.