

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

PANDEMIA Y ESTADO DE EXCEPCION

MIGUEL ANGEL ORTIZ PELLEGRINI ¹

1. Introducción

Los tiempos cambiaron, la realidad cambió, la vida cambió. En mi caso, había terminado de escribir la segunda edición de mi libro “Nociones sobre el Poder y el Derecho” principios de marzo de 2020, a los fines de estrenarla en el curso de postgrado de la Facultad de Derecho (UNC), aprobada por resolución numero 32/2020, que se iniciaba en el mes de abril. Mientras revisaba sintaxis y ortografía (siempre interminable), estalló la pandemia, y el llamado “*aislamiento social obligatorio*”.

El virus ha hecho colapsar los sistemas de salud de las naciones; la Argentina desespera, fabrica camas para sus hospitales, prepara sus profesionales de la salud y reúne insumos para salvar la mayor cantidad de vidas. La economía mundial está en caída libre, la nuestra ya estaba en el suelo antes, ahora en el subsuelo. Europa prepara un rescate de 750.000 millones de euros. Estados Unidos, dos billones de dólares; nosotros repartiendo pobreza fabricada.

Se han alterado todas las relaciones humanas a una escala nunca vista en la historia.

La emergencia sanitaria, nos ha introducido en un “túnel” donde caminamos a una etapa signada por muertos y curados. Al alcanzar la luz del día – cada vez mas distante, saldemos distintos... doloridos y sufrientes, para integrarnos a una una “nueva normalidad”

Mientras tanto, quienes estudiamos la ciencia política y jurídica, durante la cuarentena, tenemos la posibilidad de observar “in re ipsa” lo

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra “A” de Historia del Derecho Argentino y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

que ocurre en nuestra sociedad, en nuestra vida, el fenómeno estudiado en teoría: La emergencia “rompe el sistema jurídico” y las relaciones entre el poder y el Derecho se alteran.

2. La “normalidad” Constitucional

El poder constituyente originario, encierra el “Poder”, y lo expresa en su aplicación a través de normas ajustadas en un texto constitucional. Dichas normas fueron pensadas y sancionadas para que el “Derecho” sea su canal de expresión. De allí que el sistema funciona “normalmente”, cuando el poder se manifiesta conforme las normas diseñadas para ese fin. Pero aún en un sistema “normal”, se registran pequeñas “fallas”, en forma análoga a un sistema de distribución del fluido eléctrico, la energía se distribuye por la red, pero ocurre que a veces un transformador sale de servicio para reparaciones, un cable que se corta por el viento, un torre se daña, etc, etc y – el fluido eléctrico (la energía –poder), sigue fluyendo, esta vez sin los conductos adecuados, y el sistema comienza a mostrar defectos funcionales.

En nuestro país, la aplicación del Derecho, jamás se realizó en condiciones de “normalidad”; Urquiza hizo sancionar la Constitución Nacional (CN), pero no se aplicó hasta avanzada la década de 1860; después se “reinstaló” renga, restringida; se amplió en su cobertura en 1911 con la ley Saenz Peña; poco tiempo insumió su estreno; desde 1930 en adelante el “Poder” desbordó los límites constitucionales; recién en 1983 se recuperó la soberanía popular pero siguió prendida a “emergencias” de todo tipo.

3. La “normalidad” constitucional Argentina:

La “emergencia” es la “normalidad en la vida jurídica argentina desde hace noventa años. S hizo necesario generar las herramientas, para integrarla a la juridicidad:

El ajuste se hizo y hace a partir de dos criterios:

a) El llamado “Derecho Informal” que generalmente se origina a partir de un hecho donde el poder necesita expresarse de una manera no prevista y nace a partir de un hecho singular, siempre que sea visto como ejemplar y digno de imitación por los sujetos que protagonizan la vida constitucional. Es lo que Goldschmidt llamó derecho repentino; en tal caso el precedente tiene vigor jurídico suficiente, por su recepción en un medio social, que lo divisa como modelo paradigmático, para imponerse de ahí en mas como

norma imperativa; este “derecho” tiene supremacía similar al derecho constitucional formal, producto de la actuación de los operadores de la Constitución, es una expresión del poder, que en determinadas situaciones se exterioriza, agregando un plus al texto, o “contra constitutionem”; crea un precedente que pasa de inmediato (al reputárselo ejemplar y digno de seguimiento) a ser conceptuado como obligatorio y opera derogando a una norma o valor formal, añadiendo un precepto valioso o principio hasta entonces inconstitucional, o falseando el cumplimiento de una cláusula o valor de la constitución oficial.

El más importante precedente de la historia, fue la creación del control judicial de constitucionalidad en los EE.UU de América, a partir de la sentencia de su Corte Suprema de Justicia “Marbury v. Madison” en 1803; en Argentina podemos mencionar la creación de la acción de amparo, por su Corte Suprema en los casos “SIRI” y “Kot” durante 1957 y 1958; otro ejemplo -menos valiosos- fue la sanción de leyes secretas, que obtuvieron reconocimiento de validez en Argentina²; otro ejemplo histórico fue el decreto de 1868 que permitió al gabinete hacerse cargo del Poder ejecutivo, ante la muerte del vicepresidente en ejercicio Marcos Paz (28/01/1868) por la ausencia del presidente Mitre (en Paraguay) y la falta de una ley de acefalía que regulase el problema³; la desnaturalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia por el PEN, etc, etc.

b)El “Derecho Informal Consuetudinario”, que en materia constitucional es creado por el poder⁴. La costumbre constitucional se origina en la actuación de los órganos de poder, por ello se explica que los protagonistas normales del derecho constitucional, son los titulares de los órganos básicos del Estado (Jefe de Gobierno y Jefe del Estado, legisladores, jueces, ministros, etc) En ese quehacer la comunidad cumple un papel habitualmente pasivo, ya que su participación en la gestión de gobierno es a menudo reducida, pero se manifiesta en los comicios de designación de autoridades o en pronunciamientos como el plebiscito o referendun, en esos casos pueden generarse normas consuetudinarias por la propia comunidad,

² Convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 286:62; y que se publicaron en el año 2006, por imperio de la L. 26.134.

³ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, tº 1, pag.422, ed. Astrea, Buenos Aires, 2017.

⁴ MIDÓN, Mario, Manual de Derecho Constitucional Argentino, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 25. En el derecho privado suele definirse como la repetición constancia de ciertos actos con la convicción de su obligatoriedad

inclusive de aceptación de comportamientos inconstitucionales de los operadores de la Constitución (v.gr. si participa en las elecciones existiendo proscripciones partidarias o discriminaciones ilegítimas, consinténdolas o también admitiendo pasivamente el fraude electoral). Otra hipótesis, desde luego la más preocupante, puede estribar en la admisión popular del quebrantamiento del orden constitucional, sea parcial (cierre del Congreso por ejemplo) o total en caso de autogolpe o golpes de Estado⁵. Con relación a los operadores de la Constitución, pueden adoptar una conducta activa o pasiva. Ejemplo de lo primero es el exagerado cúmulo de atribuciones que ejerce el Poder Ejecutivo, que permanentemente acrece funciones en detrimento de los otros poderes del Estado; la pasividad se expresa en —por ejemplo— la tarea del control constitucional, donde existen las cuestiones “no justiciables” (self restraint) o simplemente disimulada pasividad, ejemplo de esta última situación es la débil práctica federal de nuestro país que lejos se encuentra del diseño constitucional.

El caso de los jueces merece una mención aparte, pues en su tarea de control constitucional, realizan interpretaciones, lo que les otorga roles creativos, que por su reiteración generan un “derecho judicial”, fundado en sentencias que pueden alcanzar el “mismo rango que la constitución”. En definitiva, la Constitución es lo que los jueces dicen que es (Hugues)⁶.

3. Las emergencias “normales”

3.1. El “estado de excepción” nace en situaciones de peligro, producidos por circunstancias de hecho, que no caen dentro de las previsiones contempladas en las constituciones como “normales” en el desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo una guerra, una alteración severa del orden público, una catástrofe ecológica, una crisis económica o financiera generalizada que pone en peligro la estabilidad del gobierno; se trata de acontecimientos de gran magnitud que exigen acciones que no resultan compatibles con el funcionamiento “normal” de las instituciones; en esa situación la subordinación formal del poder político al derecho puede “quedar en suspenso”.

Ello es así, porque el estado de necesidad pone en crisis uno de los supuestos teóricos más caros del constitucionalismo, como es la supremacía

⁵ Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, tº 1 pag. 418

⁶ Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, ob. cit. Pag. 420

de la Constitución, “que se derrumba como un castillo de naipes”, y nos llega a preguntarnos si ¿el derecho de necesidad puede armonizarse con la Constitución?⁷

3.2. En las “*emergencias*” o los llamados mas genéricamente *estados de excepción*, existen situaciones graduales, desde un derecho atenuado que convive con el poder, hasta el poder que se expresa en estado puro, con suspensión de la vigencia del derecho.

Los estados de excepción, conviven con la “normalidad”; desde los tiempos de la antigua Roma, cruzando los siglos, se instalaron en el Estado Constitucional y actualmente en el Derecho Internacional.

Desde siempre se reconocen situaciones que por su gravedad ponen en riesgo la continuidad misma del Estado, o actualmente de la comunidad internacional, cuyo efecto inmediato sobre las personas, es una limitación, que debiera ser transitoria⁸del goce de los derechos, incluidos sus derechos fundamentales.

En esta situación las relaciones entre poder y derecho se vuelve “difícil y traumática”⁹; es el punto donde el derecho “se rompe”.

4. Las “*emergencias*” o estado de excepción en Argentina

Las emergencias nacionales son un vicio congénito, nacieron junto con la Patria, el primer antecedente jurídico se insinúa en el Estatuto Provisional de 1811 (23/11/1811), en su art.6: “Al gobierno corresponde velar sobre el cumplimiento de las leyes y adoptar quantas medidas crea necesarias para la defensa y salvación de la Patria, segun lo exija el imperio de la necesidad y las circunstancias del momento”. En el Decreto de Seguridad Individual, el mismo Triunvirato lo expresa con más claridad, art. 9^a: “Solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la Patria, podrá el gobierno suspender este decreto, mientras dure la necesidad dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsable

⁷ Cit. SAGÜES, Néstor Pedro, “Los roles del poder judicial ante el estado de necesidad”, incluido en el libro Defensa de la Constitución, garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 1045.

⁸ Esa “transitoriedad” es muy relativa, puede durar décadas.

⁹ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio María, Las emergencias y el orden constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 16.

en todo tiempo de esta medida”¹⁰. Normas similares se establecieron en los proyectos de Constitución que la Asamblea constituyente de 1813 que no fueron consideradas, y proyectos posteriores, hasta llegar al actual art. 22 CN¹¹ sancionado en 1853, con la esperanza de “atrapar” la emergencia dentro de la CN¹².

¹⁰ Conf. ORTIZ PELLEGRINI – AGUIRRE – BORGARELLO, “Nociones de Historia del Derecho Argentino” – Selección Documental. Pag. 148 y sig. Ed. Lerner, Cba. 1996

¹¹ Comentando esta norma, dice Antonio María HERNÁNDEZ: “ese instituto tiene difusión universal [...] el constituyente prescribió este instituto para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico [...] (la primera causal) [...] solo fue invocada en una sola oportunidad, en 1865 con motivo de la guerra contra el Paraguay en la presidencia del Gral. Mitre. En cambio, la otra causal de conmoción interior, al presentar una mayor amplitud de interpretación fue utilizada en cincuenta y dos oportunidades en todas las presidencias, con las excepciones de las de Julio a. Roca y Hipólito Irigoyen en sus primeros mandatos, Marcelo T. de Alvear, Juan Domingo Perón en su primera presidencia y Carlos S. Menem en su segundo mandato y Eduardo Duhalde. Un número tan elevado de estados de sitio dictados nos indica inicialmente que el instituto fue utilizado de manera profusa, con un grado de habitualidad que rechaza el carácter extraordinario del mismo, de acuerdo a su consagración constitucional [...] el 61% de ellos fue por decreto del Poder Ejecutivo, mientras el congreso actuó sólo en el 31% de las oportunidades, un 2% lo hizo el P. Ejecutivo con acuerdo del Senado (por el único caso de ataque exterior ya mencionado) y el 6% restante la declaración fue efectuada por otras autoridades. O sea que se produjo también aquí un nuevo desborde institucional [...] a lo que se sumó [...] un notable decaimiento de los derechos y garantías individuales [...] lo que el constituyente pensó como transitorio, en la práctica adquirió considerable permanencia [...] las penurias institucionales vividas arrojan un estado de sitio cada dos años y nueve meses con un record de extensión de 8 años 11 meses y 22 días para el declarado por decreto 1368 del 06/11/1974 [...] que rigió hasta el 28/10/1983. Este uso y abuso de tan extraordinaria institución produjo una lesión gravísima al sistema republicano [...] pues este ejercicio autoritario del poder conllevó severas y profundas violaciones a los derechos personales” (ob. cit., ps. 31-35).

¹² Dice Antonio María Hernández: “...aunque en el debate doctrinario y en la jurisprudencia primara la posición que se otorga dicha competencia al Congreso no se pudo impedir que, en la práctica institucional, el Poder Ejecutivo ejerciera dicha atribución —generalmente en receso del Congreso, aunque en algunos caso en pleno funcionamiento del mismo, robusteciendo su papel en el sistema político e imponiendo su voluntad... en un aspecto que sería esencial para centralizar el país. No otra puede ser la conclusión frente a las más de ciento cincuenta intervenciones federales ocurridas en gobiernos de Derecho, de las cuales dos terceras partes fueron decretadas por el Poder Ejecutivo. Para terminar con esta práctica [...] la reforma de 1994 [...] estableció que la misma es competencia del congreso en el art. 75 inc. 31, pues aunque el Poder Ejecutivo pueda decreta la intervención a una provincia en receso de aquel, en el mismo acto debe convocarlo a sesiones extraordinarias para su aprobación o revocación (art. 99 inc. 20 CN). Por otra parte, ese elevadísimo número de intervenciones nos indica

Esta norma fue justificada por Alberdi, en estos términos: “yo no veo porque en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos [...] Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una constitución [...]”¹³

La realidad demostró que las “emergencias”, desbordaron las normas constitucionales, aún consolidado el Estado “las emergencias” continuaron vigentes en rebeliones armadas, luego se iniciaron emergencias de distinta naturaleza, quizá la primera fue la “emergencia monetaria” aceptada por la Corte Suprema en “Caffarena”¹⁴.

La Constitución reformada de 1994 con el noble propósito de lograr el control jurídico de los estados de excepción, normativizó algunas “emergencias” crecidas como “plantas al lado de la Constitución”, tales como “la delegación legislativa”¹⁵ (art. 76, CN) y “los decretos de necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3, CN), en cuya redacción participamos activamente describiendo la anormalidad de la doctrina “Peralta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la necesidad del control del Congreso sobre estos

el incorrecto funcionamiento de la federación argentina [...]” (Hernandez, Antonio María, ob. cit., ps. 27-28).

¹³ ALBERDI, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Gradifco, Buenos Aires, 2012, cap. XXV, p. 184.

¹⁴ Fallos 10:427.

¹⁵ HERNÁNDEZ, Antonio María dice: “[...] la delegación legislativa ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso ‘Delfino’ de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional... al principio como “delegación impropia” [...] convalidando estas delegaciones cada vez más amplias que hacía el Congreso [...] esto fue posibilitando un extraordinario avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delego sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes ministerios, etc., que afectaron el ejercicio de los derechos individuales más allá del principio de legalidad de los arts. 14 y 19 de la ley suprema... la reforma de 1994 tuvo la finalidad de restringir y controla el ejercicio de este instituto de emergencia [...] nos parece acertada la opinión de Dalla Vía quién sostiene que en los años 90 primó un ‘decisionismo gubernativo y antiestatista en cuya virtud los pilares de la democracia liberal constitucional adquieren carácter nominal, subordinándose a la razón de estado, que en nuestros días se denomina gobernabilidad’, [...] además una deficiente cultura y seguridad jurídica, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante [...]” (Hernández, Antonio María, ob. cit., p. 54).

decretos de “necesidad y urgencia” (D.N.U)¹⁶ redactando dos nuevos artículos el art. 82 y 99 inc. 3° CN¹⁷ propósito que —en la práctica— fructificó sólo en votos en minoría de los Sres. Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocando nuestra posición. La norma constitucional fue desvirtuada por la ley reglamentaria N°26.122¹⁸ dejando al Congreso fuera del control de este tipo de “decretos”, en un complicado trámite que se anula a sí mismo; el poder desvirtúa el texto constitucional¹⁹.

¹⁶ Véase Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Santa Fe, Paraná. 1994, t. III, ps. 2776 y ss., especialmente ps. 2792-2796.

¹⁷ Artículo 82: Artículo 82: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. Artículo 99: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros los que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

¹⁸ Esta ley establece un derecho constitucional formal secundario, pero que en la práctica “falsea” el cumplimiento del art. 99 inc., 3 CN.

¹⁹ El Estudio completo del origen de estas normas como el desarrollo de su tratamiento por la H. Convención Constituyente de 1994, puede consultarse en ORTIZ PELLEGRINI - Susana Liliana AGUIRRE, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”-ed. Lerner, Córdoba, 1995. El autor ha sido citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Verrochi Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/Acción de amparo” (V.916.XXXII), en sentencia de fecha 19 de agosto de 1999 publicada en el diario El Derecho del 21.10.1999; “C.2650. XXXIX ‘Caliguri Rosa Clara c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ diferencia de Haberes’ (Voto del Dr. Maqueda); ‘Consumidores Argentinos c. PEN - Dto. 558/02 SS, ley 20091 s/amparo Ley 16986’ del 19/may/ 2010”, entre otros. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en el caso “Rubotti Francisco Daniel y otra p.ss.aa. Lesiones Culposas - Recurso de Inconstitucionalidad”, Expte. R N° 33/99.Fallo dictado en pleno por el Tribunal y correspondiente a la Sala Penal, entre otros.

Por “fuera de la Constitución” Argentina ha sufrido “las emergencias” de los golpes de estado con sus gobiernos de facto²⁰, en otros la “ley marcial”, el “estado de prevención y alarma” de la Constitución de 1949, el “estado de asamblea”, una especie de estado de sitio hoy —por suerte— en desuso.

Lo dicho hasta aquí muestra la “normalidad” del estado de excepción, que paulatinamente adquirió perfiles propios en distintas “especialidades”, comenzando por una en particular que creció en forma rápida y robusta: el poder de policía de emergencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación iniciada con el caso “Ercolano” de 1922, referido a las leyes 11.156 y 11.157 que dispusieron el congelamiento de los alquileres de las viviendas urbanas y suspensión de los desalojos, donde el Alto Tribunal estableció que la reglamentación de los derechos incluye la finalidad del bienestar general, lo que justifica su limitación a los particulares “para hacerlos compatibles con el derecho de los demás” y que se fundan en “el interés de la sociedad”. El criterio fue avanzando cada vez más en la limitación de los derechos, y la ley 11.741 dispuso una rebaja de interés en los préstamos de dinero con garantía hipotecaria, como consecuencia de la crisis mundial de 1930, que motivó el fallo “Avico c. De la Pesa” (1934) que consagró la “emergencia económica o contractual”, pues si bien existe libertad contractual, “la libertad contractual no impide intervenciones limitadas y temporarias respecto del cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una gran calamidad pública [...] el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad su propiedad en detrimento de sus conciudadanos [...] tan fundamental como

²⁰ Los gobiernos de facto que tuvieron un reconocimiento que es difícil calificarlo de “conforme a derecho”; el poder usurpador —invocando el estado de necesidad— se legitimó con el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia en base a la teoría de la “revolución triunfante, asentida por los pueblos” en 1863 (Fallos 2:142); en 1930 invocando que el gobierno se encontraba en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden (Fallos 158:290 “Acord. s/reconocimiento del gobierno provisional de la Nación”), reiterado en 1943 (Fallos 196:5); en todos los casos reconoció amplias atribuciones al P. Ejecutivo de facto, aún en materia legislativa (Fallos 238:76 “Perón”; 238:198 “Cambiaso”), e incluso de organizar o reorganizar el Poder Judicial (Fallos 302:104 “Arias”). Hasta 1966 los regímenes de facto en materia legislativa dictaban “decretos-leyes”, a partir del Gral. Onganía en adelante dictaron “leyes”, y hasta ejercieron poderes constituyentes, por ejemplo en 1956 derogaron la Constitución de 1949, en 1966 dictaron el estatuto de la revolución argentina, en 1972 el estatuto fundamental, en 1976 en Actas del proceso de reorganización nacional...

el derecho individual es el derecho de la comunidad para regularlo en el interés común [...] el poder de promover el bien-estar genera es inherente al gobierno”²¹; La emergencia fue ampliada al sector laboral, con la ley 14.226 que obligaba a los propietarios de las salas cinematográficas a contratar actores que hicieran números en vivo durante los intervalos entre las películas, con prohibición de aumentar el precio de las entradas, lo que generó la doctrina de “Cine Callao” (1960) en el cual la Corte sostuvo que el poder de policía del Estado además de los ítems clásicos de moralidad, salubridad y seguridad, incluía otros valores como “los intereses económicos de la colectividad”²²; y siguió su crecimiento hasta desbordarse en 1990 en el caso “Peralta Luis c. Estado Nacional, amparo”²³, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó, no ya una ley “de emergencia”, sino un decreto del presidente Menem, Dec. 36/1990 promulgado como de “necesidad y urgencia”, contrario a las normas constitucionales, por cuanto legalizaba un canje obligatorio de depósitos bancarios por certificados de bonos externos a un plazo de 16 años, cuya cotización al momento de ser entregados era del 50% de su valor, una privación de la propiedad manifiesta; al mismo tiempo y para dar eficacia a la violación constitucional, establecía la presunción de validez de dicho decreto mientras la voluntad del Congreso Nacional, no se pronunciara expresamente por su derogación —una voluntad tácita o ficta— este precedente desnaturalizó la división de poderes republicana, fundado en que “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”. Para el Alto Cuerpo, los hechos están por encima del derecho.

Y el proceso ascendente, todavía considerado “dentro de la Constitución”, prosigue con la crisis de 2001 y la ley 25.561 de la presidencia de Duhalde, dispuso: “Declárase con arreglo a lo dispuesto por el art. 76 de la CN, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003 [...]”; a la que se sumó el decreto 214/2002 que prohibía retirar los depósitos bancarios realizados en dólares y originó una profusa jurisprudencia de la Corte. Continuando con esta mala costumbre constitucional,

²¹ Fallos 172:71.

²² Falos 247:121.

²³ Fallos 313:1513.

el 23/12/2019 se sanciona la “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, (L. 27.541) que en su art. 1^a declara la emergencia publica en materia económica, financiera, administrativa, provisional, tarifaria, energética, sanitaria y social, deléganse en el P.E.N. las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art.2^a hasta el 31 de diciembre de 2020”. Por lo que resulta difícil, distinguir en Argentina la “normalidad” de los “Estados de Excepción”.

La presencia permanente de la “emergencia” creo un nuevo derecho, el “derecho de emergencia” con la pretensión de que este derecho no “viva” fuera de la Constitución, sino dentro de ella²⁴, estableciendo sus requisitos:

- a) Que medie un auténtico estado de necesidad, una realidad fáctica excepcional²⁵
- b) Transitoriedad de la norma de emergencia²⁶; pero ante la imposibilidad de fijar plazos, se determinó que la emergencia dura el tiempo en que permanecen las causas que la originaron²⁷, con lo que se abrió la puerta para reconocer que “la emergencia” sea indefinida;
- c) Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencias, que tenga propósito de bien común, que sea razonable y justa²⁸;
- d) Que medie respeto de la Constitución, puesto que se reconoce que durante la emergencia los derechos constitucionales pueden suspenderse, pero no frustrarse²⁹ pero de todos modos acontecimientos extraordinarios justifican re- medios extraordinarios que no serían constitucionales en épocas normales³⁰.

Para ello y conforme el grado de intensidad de la “emergencia” la doctrina judicial ha creado la teoría de la “doble lectura de la Constitución”:

- a) Una para los periodos de normalidad con un fuerte entendimiento garantista de los derechos personales, que serían evaluados plenamente, o con el mayor vigor posible;

²⁴ Fallos 313:1638.

²⁵ Fallos 202:456.

²⁶ Fallos 136:171; 200:450.

²⁷ Fallos 313:1513.

²⁸ Fallos 202:456.

²⁹ Fallos 243:467.

³⁰ Fallos 328:690.

- b) El otro, para tramos de emergencia, donde adquiere protagonismo el estado de necesidad, adecua esos derechos a las instancias críticas que se viven, lo que produce una restricción de los derechos de los ciudadanos.

Este método genera una situación dual; algo que es constitucional durante el estado de necesidad, no lo sería en situaciones normales³¹; en otras palabras los derechos tendrían un diferente espesor, conforme a la situación que se viva; en la normalidad: serán derechos plenos; en la emergencia se transforman en frutas de corteza blanda —que se desecha— y sólo mantienen un “núcleo duro”, conforme a la terminología judicial³².

Esta dualidad, también prueba algo más grave: el cambio de las reglas del juego —constitucional— según sea la situación que se vive. Lo que de por sí, acredita la crisis del estado de derecho, y la preponderancia del poder sobre el Derecho.

La intensión de regular las emergencias se expresa en el derecho internacional, en tratados que hoy tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)³³, lo que supone una garantía de vigencia superior a la autoridad del Estado Nacional.

En nuestra Argentina el poder ha invocado en numerosas oportunidades la necesidad de resolver “gravísimos problemas”, que no pueden ser canalizados por los carriles constitucionales, y es posible distinguir:

- a) Las “emergencias” que “se declaran” por los órganos del Estado y que por su intensidad pueden convivir con la Constitución, y son “justificadas” en nombre del “bien común”;
- b) Las que no necesitan una “declaración formal” por los órganos constitucionales, donde el estado de necesidad genera sus propias normas (*necessitas ius constituit*) por sobre la Constitución, invocando el derecho natural de autoconservación de la sociedad y el Estado —que son previos a cualquier constitución— o cláusulas fundamentales que se refieren a la existencia y al supervivencia del Estado³⁴.

Dentro del estado de derecho, la “emergencia”, se canalizó por diferentes institutos previsto y no previstos o prohibidos por la Constitución

³¹ Sagües Néstor Pedro, ob. cit. Pag 1047.

³² TSJ de Cba, Sent. n° 8/2009 “Bosio”; auto n° 510/2010 “Abacca”.

³³ Art. 4 PIDCYP; art. 26 CADH.

³⁴ Art. 33 CN.

Nacional, y su ejercicio le produjo severas lesiones al sistema, que en su esencia se mantuvo; el Poder Ejecutivo actuó y actúa de manera exorbitante, el Poder legislativo es pasivo, por acción u omisión; el Poder judicial, salvo casos excepcionales no realizó, ni realiza, un firme control de constitucionalidad, lo que evidencia falta de independencia y falta de cumplimiento de su rol dentro del sistema republicano.

Recuperada la democracia en 1983, y superada la emergencia que afectaba la vida física de las personas, otras variantes de las “emergencias” permanecieron, es más aumentaron distribuyéndose por especialidad, a las ya conocidas, se sumaron las climáticas, agropecuarias, sanitarias, educativas, previsionales, etc.; todas con su efecto “morigerador” sobre los derechos.

El gobierno del Presidente Macri, en los primeros días de su mandato, sumó nuevas emergencias declaradas, la de seguridad, y estadística, entre las más notables; entre las no declaradas el uso masivo de los DNU, para modificar leyes y designar magistrados en la Corte Suprema, etcétera.

El Presidente Alberto Fernández, asumido en diciembre de 2019, antes de terminar el mes – y antes de la pandemia - el Congreso había dictado la L. 27.541 que amplía las emergencias de todo tipo ya vigentes y el P. Legislativo delega atribuciones en el P.E.N.

La emergencia se ha convertido en una situación “normal”, es el modo de vivir en Argentina; es una señal muy grave con relación al funcionamiento del Estado de Derecho, y muestra la íntima relación entre Poder y Derecho.

Desgraciadamente es un fenómeno común en todo occidente, con mayor o menor intensidad. Se ha mutado del gobierno “normal”, establecido en las Constituciones, a la existencia de un estado de excepción permanente, desvinculado ya de las situaciones de gravedad institucional, impulsado por una conducta paradójica:

a) Cuando el P.E. cuenta con las mayorías necesarias la emergencia es justificada por leyes del Congreso, por tiempo indefinido —pues se renuevan año a año— actitud que se ha transformado en una de las reglas del funcionamiento de nuestro sistema;

b) Cuando el P.E. no cuenta con mayoría en el Congreso, por vía de los Decretos de Necesidad y Urgencia, que “saltan” la voluntad del pueblo representada en ambas Cámaras y la normativa constitucional. La república ha devenido en una “exceptodemocracia”. Lo que pone en discusión

—incluso— de la eficacia plena del sistema republicano establecido en el art. 1º, CN.

La máxima latina “necessitas legem no habet” se filtra en el sistema; lo desborda, y construye una realidad que lo deforma; Realidad que deberíamos cambiar y es un espacio donde los operadores jurídicos, tienen gran responsabilidad, aunque por cierto excede este campo.

5. La “verdadera” emergencia

A partir del 17 de marzo de 2020, con el –DNU nº 297/2020- se instala en Argentina, una “nueva” emergencia, a nuestras propias y singulares “emergencias”, hemos sumado por primera vez en la historia, una emergencia verdadera.

Y hemos conoció medidas desconocidas en el país, legales e “ilegales pero con fuerza de ley”, a saber: El Presidente, dispuso una cuarentena con sabor a “toque de queda”, el cierre de las fronteras y gobierna mediante decretos; las policías y las FF.AA salen a la calle a controlar el cumplimiento del DNU 297/2020; se impone el control de precios. El P. Legislativo “desapareció”. El P. Judicial se redujo a su mínima expresión. Las Provincias y ciudades por su cuenta, prohíben el ingreso y egreso de personas a su territorio; en la Nación y la Provincia se distribuyen ingresos dinerarios y alimentos en sectores carenciados; los hospitales dejan de prestar el servicio normal y se dedican preponderantemente al “coronavirus”; se congelan los alquileres y las cuotas de préstamos hipotecarios, se prohíben los desalojos; en algunas ciudades del interior, los jefes policiales por su cuenta establecen horarios de “toque de queda”, bajo la amenaza que si no se cumple, se retiran del servicio, ante la impotencia de las autoridades civiles; se dispone que sector de la producción y servicios pueden trabajar y cuáles no; se interviene por el P.E.N. una empresa privada y se proyecta su expropiación; se crean “Comisiones de Investigación por la mayoría oficialista del Congreso; cataratas e deudores, aluviones de acreedores; se promueve la libertad masiva de presos, etc etc. Todo ello, en medio de un torbellino, que prescinde del sistema legal y constitucional, pues se ha alterado la prelación normativa del art. 30 CN ³⁵.

La actual emergencia, es la demostración en vivo, de la “doble lectura” de la Constitución y que en la emergencia se instalan -con fuerza- los afo-

³⁵ Los decretos no pueden modificar las leyes, ni menos la Constitución

rismos latinos “necessitas legem no habet” y “autorictas non veritas factit leges”, para hacernos saber que los relatos horribos del pasado, vuelven a nuestro tiempo.

La reflexión del tiempo de la pandemia

Toda nuestra historia jurídica relativa a la consideración de las “emergencias”, ha sido errónea. La generalidad de esas situaciones, no constituían verdaderas emergencias y la jurisprudencia generada al respecto han sido una adecuación a una situación política, que aceptó ceder las garantías constitucionales al Estado.

Hoy estamos frente a una “verdadera emergencia”; y de repente, en la realidad estamos viviendo al margen de la normativa Constitucional, y también de las prescripciones clásicas relativas al estado de excepción.

Ninguna causal es válida para “justificar”, la ruptura del sistema jurídico atropellado por la pandemia.

Una sociedad del siglo XXI no puede regresar a un estadio prepolítico, a la inseguridad, a la imprevisibilidad, al miedo ...

Las reglas de convivencia, aún sufriendo la pandemia, están prescriptas en la Constitución, que no puede ser “desarticulada” por un virus y por tiempo indeterminado, por más peligro que exista para la salud de los argentinos.

Construir el Estado de Derecho, llevo siglos de lucha y millones de muertos, construir el Estado Constitucional Argentino, costó una guerra civil de 40 años; construir la democracia constitucional, llevó 50 años de desencuentros y muertos, hasta arribar al día en que el país se encarriló por la buena senda en 1983.

Necesitamos respetar las normas constitucionales, y enfrentar el Covid-19 dentro de sus principios y valores.

La pandemia, no puede hacernos retroceder a la edad de piedra.