

EDITORIAL

DERECHOS Y REVESES EN LA EMERGENCIA RIGHTS AND WRONGS IN EMERGENCY

ROBERTO A. PUNTE¹

Resulta inevitable abordar los conflictos y problemas que el tiempo nos presenta como comunidad. No solo para colaborar en la puesta en común de una debida comprensión de los hechos que transcurren vertiginosamente, sino además para generar diagnósticos certeros que faciliten soluciones aceptables de cara al futuro. De paso, por este medio, parece necesario dejar registro de las extraordinarias circunstancias institucionales que atravesamos.

Cabe comenzar por aquello que puede calificarse de “imprevisión originaria”. Quiero decir con esto que la emergencia sanitaria causada por la pandemia nos impactó sin recursos proporcionados. Esas falencias se volvieron más notorias con el paso de los días y se manifiestan en las conductas y normas de facto que poco a poco desplazan a las reglas de derecho razonables que debieran regirnos. Así, pues, se hace presente que gobernar no solo implica resolver problemas, sino también anticipar los imprevistos coyunturales y sorpresivos, que en nuestro país abundan.

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *FORUM* y del Suplemento de Derecho Constitucional de *elDial.com*. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar.

En todas las épocas, en rigor, existieron emergencias de naturaleza, alcances e intensidad distintos. Guerras, revoluciones, asonadas, magnicidios, atentados, conflictos institucionales; crisis económicas y sociales; desastres naturales, como terremotos, inundaciones; situaciones agudas de sanidad humana –la fiebre amarilla, el cólera, la poliomielitis, el dengue– o animal –la langosta, la aftosa–, o la combinación de varios de estos factores.

Asimismo, desde tiempos remotos existen mecanismos institucionales para paliar sus efectos. En el mundo antiguo (por ejemplo, la dictadura romana), pasando por antecedentes patrios (v. gr., las facultades extraordinarias y la suma del poder público) y del Derecho Constitucional Comparado (tal es el caso de la ley marcial y el Estado de Sitio), siempre se previeron institutos para superar etapas críticas que requieren restricciones especiales y transitorias a los derechos de las personas. Estos se han pulido de modo que, además de ser conducentes y eficaces, sean graduables y proporcionados para evitar que el remedio sea más gravoso que la enfermedad.

El exceso pendular de nuestras dirigencias, lamentablemente, ha determinado que hoy, entre nosotros, ese andamiaje no exista, como sí existe en otras constituciones. Tenemos, en un extremo, el antiguo instituto del Estado de Sitio, que habilita la suspensión de derechos y garantías en caso de una “(...) conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”² y, en el otro, nada.

Por decirlo con claridad: no hay en nuestro orden jurídico institutos de emergencia “intermedios”. La vigente Ley de Salud Pública N° 26.529³, llamativamente, no prevé regla alguna para epidemias; por el contrario, tiene un enfoque forzosamente individualista y libertario. Tampoco hay reglas para catástrofes, pues la Ley N° 23.554⁴ solo consideró necesaria la defensa nacional ante situaciones de guerra o conflicto armado internacional, de modo que derogó todo lo

2. Cfr. art. 23 de la Constitución Nacional, publicada según Ley N° 24.430, *BO* 10/1/1995 (en adelante, Constitución Nacional).

3. *BO* 20/11/2009.

4. Ley N° 23.554, de Defensa Nacional, *BO* 5/5/1988.

anterior. Aunque se previó un Consejo Nacional⁵ y una ley de organización territorial y movilización para la defensa, que incluiría disposiciones relativas al Servicio Militar y Civil⁶, que podría haber sido aplicable ante emergencias internas, esta nunca se dictó⁷.

En consecuencia, los decretos presidenciales que restrinjan derechos individuales como los de transitar y ejercer industria lícita, en razón de emergencias, como se han dictado, carecen de base constitucional. Mucho menos existe una facultad municipal o provincial –práctica liberada en la actualidad que corre el riesgo de consolidarse– puesto que esta clase de normas entrañan la afectación de derechos fundamentales de los habitantes y, por lo tanto, exceden el poder de policía local y su dictado corresponde exclusivamente al Congreso Nacional.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en los casos *Nadur*⁸ y *Russo*⁹, perfiló los requisitos básicos para la normativa de emergencia sobre la base de los criterios establecidos por su par norteamericana en el precedente *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell* (1934)¹⁰.

Según la doctrina de la Corte, en primer lugar, la emergencia debe ser declarada por el Congreso. Empero, en este caso, la muy reciente Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, del 21 diciembre de 2019¹¹, nada había previsto respecto de la pandemia mundial. Consecuentemente, se modificó e incluyó lo sanitario por el DNU N° 260/2020, del 12 de marzo de 2020¹². Desde ese momento hasta el 1° de julio se han dictado otros cuarenta decretos de necesidad y urgencia solo en esta materia¹³, a lo que debe sumarse

5. Cfr. art. 9°, incs. b y cc.

6. Cfr. art. 46, inc. c.

7. He abordado estos temas en: Punte, Roberto A., “La actual emergencia y la necesaria respuesta legislativa”, *elDial.com* - DC29C2, publicado el 25/3/2020.

8. CSJN, *Nadur Amar c/ Borelli, Francisco*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:449.

9. CSJN, *Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467.

10. 290 U.S. 398 (1934).

11. *BO* 23/12/2019.

12. *BO* 12/3/2020.

13. Los decretos presidenciales que implican el ejercicio de facultades legislativas por principio ajenas al Poder Ejecutivo, bajo la invocación de la “necesidad y

una enorme cantidad de Resoluciones emitidas por Ministros u otros organismos de inferior jerarquía.

Otro requisito propio de las normas de emergencia es su carácter limitado y transitorio, aquí vulnerado a través de las sucesivas prórrogas que condujeron a una limitación de todas las libertades propias de la sociedad civil superior a los ciento diez días.

Frente a semejante situación “de urgencia”, se encuentra en juego el principio de razonabilidad. Ciertamente, no se advierte que el medio elegido –la limitación de todas las libertades– sea compatible con los bienes públicos programados de dar fin a la epidemia y preservar a los habitantes. Más todavía, la excesiva medida ha roto la cadena de producción-ingreso-consumo, lo que ha causado una fuerte ola de desempleo y la pérdida de bienes y capital por quebrantos en las actividades económicas de medianos y pequeños comerciantes, inducidas por las prohibiciones de trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 *bis* de la Constitución Nacional).

Las referidas prohibiciones se han sumado a las obligaciones de confinamiento y aislamiento domiciliario de los habitantes de las zonas más pobladas, con prohibición de ejercer los derechos de reunión y culto, de circular y transitar, y aún para entrar y salir del país, sometidos a permisos administrativos de un modo deficientemente justificado como medida terapéutica ante la disfunción de la pandemia.

Al decir de Bandieri, se ha llegado así a un “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”¹⁴. Las medidas impulsadas por el Poder Ejecutivo han implicado dos grandes anomalías. Se ha interve-

urgencia”, requieren, como mínimo, que haya imposibilidad de tratamiento por el Congreso (art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional). Empero, en el caso, a la fecha de su dictado y el órgano legislativo nacional estaba en plenas sesiones ordinarias desde el 1° de marzo y con una agenda aprobada. Por otra parte, la Ley N° 26.122 (BO 28/7/2006), que regula su contralor *a posteriori*, establece un trámite muy defectuoso: basta que solo una Cámara los apruebe para confirmar su validez, cuando en realidad toda ley formal requiere la intervención de ambas. En fin, las medidas así dispuestas son “leyes chuecas”, sin debate ni participación plena de los representantes del pueblo.

14. Tal es el título del artículo escrito al inicio de los avatares pandémicos: Bandieri, Luis M., “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”, en *elDial.com* - DC29CF, publicado el 2/4/2020.

nido el funcionamiento del sistema representativo y federal, que son principios fundamentales de nuestro Derecho Público. Es que el régimen republicano exige la división y contrapeso de los poderes, con primacía en la pirámide normativa del Poder Legislativo, pues es garantía fundamental que solo las leyes que éste emita pueden reglamentar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos¹⁵ e imponer cargas y obligaciones de cualquier índole¹⁶. Como también es necesaria la participación de los partidos políticos –definidos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”¹⁷– en el debate legislativo y en la toma de decisiones para enfrentar la pandemia.

El otro ámbito suspendido ha sido la administración de justicia: se ha soslayado su carácter constitucional de “servicio público esencial”, según lo dispuesto en los artículos 5º, 121 y concordantes de la Constitución Nacional¹⁸.

El funcionamiento regular de la justicia es una exigencia constitucional, reforzada por las declaraciones y tratados constitucionalizados. La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 expresa, en repetidas oportunidades, el derecho de acceso a la justicia, por medio de “recursos efectivos”¹⁹ y, sobre todo, en el artículo 10, como derecho “(...) en condiciones de plena igualdad , a ser oída públicamente y en justicia por un tribunal inde-

15. El mismo Preámbulo refiere a ese gran objetivo colectivo definido como “los beneficios de la libertad”.

16. Cfr. arts. 14, 16, 17, 19, 20 y cc. de la Constitución Nacional.

17. Cfr. art. 38 de la Constitución Nacional.

18. He abordado esta problemática en: Punte, Roberto A., “Puesta en marcha del esencial servicio de justicia y cambios para hacerlo viable con la actual infraestructura”, en *elDial.com* - DC2B0D, 10/6/2020. Las reflexiones de entonces guían también estas palabras. Antes también había tratado la importancia del funcionamiento de la justicia en: Punte, Roberto A., “Jerarquía constitucional de la forma republicana de gobierno, la enseñanza primaria y la administración de justicia”, en *elDial.com* - DC26FA, publicado el 15/3/2019.

19. Cfr. art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que dispone: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

pendiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)", lo que es reiterado en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que suma además el requisito de que esto ocurra "dentro de un plazo razonable"²⁰. La misma Convención obliga a los Estados a "garantizar el libre y pleno ejercicio" de tales derechos, así como ordena disponer "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"²¹. Sin embargo, una inexplicable suspensión de actividades, con la denominación de "feria extraordinaria", ha subsistido desde el 13 de marzo. A lo dicho corresponde agregar que el Poder Judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, es uno de los poderes del Estado y se encuentra llamado a ejercer su rol en el marco del sistema de frenos y contrapesos.

En el debate público, las medidas fueron hasta ahora presentadas como justificables en orden a preservar la salud de los más vulnerables y evitar la saturación del sistema sanitario. Pero en la clásica disputa sobre medios y fines, la exigencia jurídica y por consiguiente ética, o viceversa, es que no pueden usarse medios injustos para lograr un fin presuntamente bueno, porque este pierde dicho carácter al quedar contaminado por la injusticia del medio empleado. Los mismos buenos fines mencionados, además, pueden lograrse con la necesaria deliberación política por la materia a regir –es decir, la sana convivencia– sobre los medios más finamente definidos y difundidos, siempre dentro de los parámetros dispuestos por la Constitución Nacional²².

20. Cfr. art. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 23.054, BO 27/3/1984.

21. Ídem, arts. 1º y 2º.

22. En este sentido, el Dr. Aguilar Valdez posa su atención en el principio de proporcionalidad y en la necesidad de control de las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo que corresponden a los otros dos poderes del Estado: "[u]rge que los otros dos poderes del Estado ejerzan las competencias y los controles que constitucionalmente les corresponde ejercer. Resulta imperioso que el Congreso otorgue una cobertura legislativa a este estado de excepción, que no sea una simple «aprobación» de los reglamentos dictados hasta el momento, y que los tribunales ejerzan un control judicial suficiente de la actividad administrativa". Aguilar Valdez, Oscar, "¿Salud pú-

Como suele decirse, “tanto poder se tiene como obediencia se recepta”. Una buena política, transparentemente concebida, puede ser responsablemente asumida y colectivamente obedecida, sin necesidad de acudir a prohibiciones e interdicciones tan extremas y colateralmente tan dañinas.

Cabe, pues, exhortar –con una mirada abarcadora de esta segunda crisis que recién comienza, cuyas consecuencias humanitarias, sociales y económicas son todavía inconmensurables– a las autoridades a asumir la necesaria respuesta legislativa de consenso interpartidario del máximo nivel, que habilite, a través de los mejores procedimientos previstos por la Constitución Nacional, la debida respuesta de todos los niveles de gobierno, nacional, provincial y municipal, que conjuren sólida y coordinadamente los terribles efectos de toda índole, tanto los ya producidos como los que son de esperar.

Aún se está a tiempo de corregir el rumbo, y todos debemos aportar para que así sea. En este sentido, la academia está llamada a marcar los errores e incentivar el debate en la búsqueda del Bien Común social, siempre con la premisa de velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional. Tal es el objetivo que ha inspirado estas líneas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Valdez, Oscar, “¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”, en *La Ley*, cita *online*: AR/DOC/1639/202, 25/5/2020.
- Bandieri, Luis M., “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”, en *elDial.com* - DC29CF, publicado el 2/4/2020.
- Punte, Roberto A., “Jerarquía constitucional de la forma republicana de gobierno, la enseñanza primaria y la administración de justicia”, en *elDial.com* - DC26FA, publicado el 15/3/2019.
- Punte, Roberto A., “La actual emergencia y la necesaria respuesta legislativa”, en *elDial.com* - DC29C2, publicado el 25/3/2020.

blica vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”, *La Ley*, cita *online*: AR/DOC/1639/202, 25/05/2020.

Punte, Roberto A., “Puesta en marcha del esencial servicio de justicia y cambios para hacerlo viable con la actual infraestructura”, en *elDial.com* - DC2B0D, publicado el 10/6/2020.

Normas

Constitución Nacional, publicada según Ley N° 24.430, BO 10/1/1995.

Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 23.054, BO 27/3/1984.

Ley N° 23.554, de Defensa Nacional, BO 5/5/1988.

Ley N° 26.529 de Salud Pública, BO 20/11/2009.

Ley N° 26.122, de Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, BO 28/7/2006.

Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, BO 23/12/2019.
DNU 260/2020, BO 12/3/2020.

JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de los Estados Unidos

Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, *Nadur Amar c/ Borelli, Francisco*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:449.

CSJN, *Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467.