

EMERGENCIA SANITARIA GLOBAL: SU IMPACTO EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza
Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra

C. Ashouripour - V. Bianco Hormaechea - A. M. Bousquet - A. N. Canosa - R. Cardilli - L. A. Caro Figueroa - J. Casabella Dávalos - R. Castro - M. Ciaccia - I. Colombo - J. C. Crivelli - R. Daher - B. Fernández Villa - B. Gambier - C. Gómez Rincón - R. G. Loutayf Ranea - C. Mirabelli - M. J. Miranda - I. P. Nohara - L. C. Palumbo - C. M. Posdeley - H. M. Pozo Gowland - R. Rabbi-Baldi Cabanillas - M. S. Serrano - G. Valdés Ortiz - E. I. Vidal.



Ediciones
rap

EMERGENCIA
SANITARIA GLOBAL:
SU IMPACTO EN LAS
INSTITUCIONES JURÍDICAS

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza

Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra

Ediciones
IRAP

Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas /
Rodolfo Carlos Barra ... [et. al]; compilado por Gabriel Chibán. - 1a ed.
compendiada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rap, 2020.

Libro digital, DOC

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-694-024-5

1. Derecho. I. Barra, Rodolfo Carlos. II. Chibán, Gabriel, comp. III. Título.
CDD 344.043

© **Ediciones Rap** s. a.

Talcahuano 638, Piso 4, of. H (C1013AAN)

Ciudad de Buenos Aires - República Argentina

consulta@revistarap.com.ar

www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-024-5

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente
la opinión de la Dirección Editorial.

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

ÍNDICE

PRÓLOGO

<i>Rodolfo C. Barra</i>	7
-------------------------------	---

PARTE GENERAL

“Estado constitucional de Derecho, excepcionalidad y democracia” <i>Martín Plaza</i>	13
---	----

“Ley y emergencia. Principio y contingencia” <i>Rodolfo C. Barra</i>	39
---	----

“Peste, Estado y secuelas” <i>José Gabriel Chibán</i>	65
--	----

“Tutela dei diritti umani: diritto alla salute e globalizzazione” <i>Mario Ciaccia</i>	84
---	----

“Protección de los derechos humanos: derecho a la salud y globalización” <i>Mario Ciaccia</i>	94
--	----

“ <i>Coronavirus e ius</i> . La scienza giuridica del XXI secolo ai tempi della grande pandemia” <i>Riccardo Cardilli</i>	104
--	-----

“El COVID-19 o el rescate de la ‘persona’” <i>Renato Rabbi-Baldi Cabanillas</i>	122
--	-----

LAS EMERGENCIAS

“La emergencia económica y los contratos públicos. A propósito de la pandemia COVID-19” <i>Julio César Crivelli, Luis C. Palumbo</i>	137
“El equilibrio de la relación contractual frente a una pandemia” <i>Guadalupe Valdés Ortiz</i>	147
“Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual” <i>Bárbara Fernández Villa, Andrés M. Bousquet, Claudio M. Posdeley, Marcos S. Serrano</i>	157
“Propuesta de modificaciones puntuales a la ley de concursos como consecuencia de la pandemia. El segundo concurso preventivo” <i>Carlos Gómez Rincón, Enrique I. Vidal, Rebeca Daher</i>	174
“La pandemia y el derecho concursal” <i>Carlos Gómez Rincón</i>	180
“El transporte en la emergencia sanitaria” <i>Armando N. Canosa</i>	193
“Investigación sobre emergencia social, económica y jurídica a partir del COVID-19. Régimen energético” <i>Héctor M. Pozo Gowland</i>	208
“Repercusiones penales del Régimen Sanitario Nacional para afrontar el COVID-19 en Argentina” <i>Juan Casabella Dávalos</i>	223
“La pandemia del COVID-19 y la salud mental” <i>María José Miranda</i>	239

CUESTIONES JURISDICCIONALES

“Notas sobre el constitucionalismo y los estados de emergencia. Las garantías constitucionales y el Poder Judicial” <i>Ignacio Colombo</i>	253
“Emergencias y control judicial” <i>Roberto G. Loutayf Ranea</i>	268
“La responsabilidad estatal: el día después del COVID-19” <i>Rosana M. Castro</i>	302
“La pandemia COVID-19 y la responsabilidad del Estado” <i>Beltrán Gambier</i>	311

LA PANDEMIA EN EL MUNDO

“Emergenza sanitaria e emergenza giuridica. Punti problematici per il diritto costituzionale in Italia” <i>Cesare Mirabelli</i>	322
“Emergência e combate à pandemia do COVID-19 no Brasil: omissões, crise institucional e conflitos interfederativos” <i>Irene Patrícia Nohara</i>	332
“The exercise of emergency powers in the United States” <i>Cameron Ashouripour</i>	340
“El ejercicio de las facultades excepcionales en los Estados Unidos” <i>Cameron Ashouripour</i>	347
“Los organismos internacionales en la gestión del coronavirus: ¿hacia un multilateralismo vinculante?” <i>Valentina Bianco Hormaechea</i>	355
“Pandemia y limitación de derechos fundamentales. Los principios de Siracusa” <i>Luis Alberto Caro Figueroa</i>	370

PRÓLOGO

RODOLFO C. BARRA*

Los seres humanos hemos sufrido infinidad de epidemias y pandemias. No sé si la actual es la más grave de todas las conocidas, pero no necesita ganar torneo alguno para demostrar su malignidad.

Ninguna de sus antecesoras, aun siendo terribles, ha merecido ser considerada por los historiadores como un “acontecimiento ‘epocal’”, aquél que es utilizado como mojón indicativo del fin de una era—un período de tiempo, y en una región determinada, coherente en valores determinantes y significativos, situación política, creencias religiosas, etc.—y el comienzo de otra.

El inicio de la Edad Media es generalmente identificado con la caída del Imperio Romano de Occidente, más exactamente con la ocupación de Roma por los bárbaros en el año 476 d.C., mientras que su fin se lo hace coincidir con el descubrimiento de América en 1492 o, un poco antes, con la caída de Constantinopla en 1453, aunque la decadencia de Roma y la “feudalización” del antiguo Imperio (la disolución de sus lazos, si bien pudieron sobrevivir en lo esencial por la expansión unificadora de la Iglesia) y el desarrollo de nuevos paradigmas antropocéntricos se anticiparan mucho a la finalización del siglo XV. La Edad Contemporánea, ¿comenzó con las revoluciones americana y/o francesa? ¿O con la invención de la imprenta (1450), que fue la primera gran revolución informática?, o ¿setenta años después, con la reforma luterana? ¿Cuál es el “acontecimiento epocal” de nuestra era? Elijamos: la explosión atómica en Hiroshima (1945) junto con la contemporánea derrota final del Eje; la definitiva (suponemos) caída de los totalitarismos con la implosión de la Unión Soviética, tomando como acontecimiento la demolición del Muro de Berlín

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Máster en Derecho Administrativo Profundizado. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. Catedrático de Derecho Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional en 1994. Ex Ministro de Justicia de la Nación. Ex Presidente de la Auditoría General de la Nación.

(1989); la difusión del internet (1990/2000); el descubrimiento del ADN (¿1960?); el posterior desarrollo de la biotecnología...

En realidad, todos han sido procesos que comenzaron mucho antes del “acontecimiento epocal”, y se desarrollaron y consolidaron a lo largo de décadas posteriores.

¿Cuál es la razón de que las pestes no hayan sido consideradas “acontecimientos epocales”? Seguramente porque ninguna cambió nada fundamental en la sociedad que la recibió y padeció. Es cierto que dejaron consecuencias importantísimas, pero siempre parciales. Por otra parte, las pestes vinieron y se fueron, nadie sabe exactamente por qué. Sin duda las malas condiciones sanitarias e higiénicas fueron ocasión de su advenimiento, como las prevenciones para el contagio (con el tiempo llegaron los remedios y vacunas) y, quizás, la “autoinmunización”, ocasión de su partida. Pero, como el absurdo de la peste relatada por Camus, “[...] nunca muere o desaparece [...] puede permanecer dormida por años y años [...] (aún así) quizás llegue el día cuando, tanto para pesadilla como para iluminación de los hombres, ella despierte nuevamente a sus ratas y las mande a morir en una ciudad hasta entonces feliz”.

No sabemos todavía si esta es la peste más terrible de la historia de nuestras pestes (personales y sociales, culturales y biológicas). Si pensamos en el número de víctimas, gracias a Dios, no la es. La “peste negra” de mediados del siglo XIV mató a un número de personas cercano a la mitad de la población europea, continente donde se asentó por cinco años. La denominada “gripe española” dejó un saldo mortal de aproximadamente 50 millones, entre 1918 y 1919, y así hay otros antecedentes de similar dimensión apocalíptica.

Es muy temprano –lamentablemente, porque todos ansiamos su final– para hacer un balance de la actual pandemia, especialmente de sus resultados y legados. Pero esta peste se manifiesta también junto con ciertos fenómenos que destacan su singularidad, especialmente el del “aislamiento social”. Nunca se dio, al menos con tal intensidad local y globalizada, una situación de casi total “encierro” de la población en sus domicilios, la interrupción de la actividad recreativa, educativa y, principalmente, la comercial e industrial no esencial, con una duración tan prolongada.

Seguramente no nos engañaríamos ni nos dejaríamos tentar por la ciencia ficción si tratásemos de imaginar las consecuencias de este denominado “aislamiento social”. El nombre ya es revolucionario por lo contradictorio: estar (como sistema, no por una específica situación patológica de uno o un grupo de individuos) aislados en la sociedad, cuando ésta, por definición, supone y exige la integración. El “aislamiento” provocará una tremenda crisis económica, pero de este tipo de situaciones extremas la humanidad siempre se las ha arreglado para salir. Lo que no sabemos es el tipo de crisis psicosocial que heredaremos de la pandemia, sus consecuencias culturales y políticas, si es que realmente las producirá.

El “aislamiento” está ya dejando una experiencia: la posibilidad de la educación y el, en ciertas áreas, generalizado trabajo “virtual”, vía internet. Este fenómeno puede generar cambios importantes, en principio positivos: menor traslado físico, menor utilización de transporte público, menor, entonces, contaminación ambiental, junto con un mayor aprovechamiento del salario (eliminación de gastos de traslado, comidas “de oficina”,

vestimenta), menores gastos generales para las empresas económicas y organizaciones educativas. Claro que se perderá el contacto personal, tan importante, por ejemplo, en la educación (como profesor, necesito ver a mis alumnos, sentir su atención o aburrimiento, con ello motivarme para modificar el discurso, para “condimentar” el tema, sentirme rejuvenecido al aspirar la juventud que de ellos emana).

Los efectos económicos y psicosociales de esta peste serán seguramente estudiados por científicos de distintas especialidades. No puedo dejar de imaginar a los estrategas militares, especialmente de las grandes potencias, analizando el caso como experiencia, a guisa de “maniobra”, en el marco de una hipótesis de conflicto “químico”.

No debemos dejarnos engañar, tampoco, por las sirenas apocalípticas, ni por las manías conspirativas, cuyas usinas vaya a saber en cuál central de inteligencia se encuentran. Tomemos a la “infodemia” (la peste de las “fake-news”) como un entretenimiento para pasar el tiempo de encierro; no valen para mucho más.

No parece de recibo pensar que la pandemia provocará, por sí sola, un cambio en el actual sistema económico, caracterizado por la tremenda desigualdad en la distribución de los bienes “fruto de la tierra y del trabajo del hombre”, de la tierra y el trabajo que es de todos y de cuyos frutos todos debemos participar en justa, equitativa y misericordiosa proporción (cada una de ellas subsidiaria de la anterior)¹. Sin duda el “mercado” es un medio apto para el desarrollo de la vida económica, pero también necesita de la “mano severa y firme” del Bien Común para no convertirse (así querido o no) en un disfraz del latrocinio (¡si dejaran que el 50 % de, siquiera, la plusvalía se derramase de verdad!²). Quizás la pandemia provoque también correcciones culturales que impulsen los cambios positivos en el orden económico y político. ¿Evolucionará un capitalismo social o retrocederemos a un capitalismo todavía más indiferente que el actual? ¿Podremos establecer reglas suficientes, de impulso a las inversiones sociales, que siempre serán, en definitiva, productivas? La justicia social también se derrama.

¹ Voy a citar las enseñanzas del Papa Emérito, Benedicto XVI, en esa encíclica extraordinaria que es *Caritas in veritate*, “La Caridad en la verdad” (CV). En el n° 6 dice: “Ante todo, la justicia. *Ubi societas, ibi ius*: toda sociedad elabora un sistema propio de justicia. *La caridad va más allá de la justicia*, porque amar es dar, ofrecer de lo ‘mío’ al otro; pero nunca carece de justicia, lo cual lleva a dar al otro lo que es ‘suyo’, lo que le corresponde en virtud de su ser y de su obrar. No puedo ‘dar’ al otro lo que es mío sin haberle dado en primer lugar lo que en justicia le corresponde [...] la justicia es ‘inseparable de la caridad’ (con cita de Paulo VI, enc. *Populorum progressio*, n° 22) [...] Por un lado, la caridad exige la justicia [...] Por otro, la caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón (con cita de Juan XXIII). La ‘ciudad del hombre’ no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún, con relaciones de gratitud, de misericordia y de comunión”.

² El Papa Francisco, en el n° 54 de la exh. apos. *Evangelii gaudium* (“La alegría del Evangelio”), señala que la teoría del “derrame” “jamás ha sido confirmada por los hechos (y) expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante”.

Por lo expuesto tampoco me parece que la pandemia terminará con la globalización (obviamente no con la globalización fáctica—“una humanidad cada vez más interrelacionada” (CV, 42)—, lo que sería imposible, sino con la globalización como sistema). Por el contrario, la primera impresión es que la profundizará, al menos como necesidad: una peste globalizada seguramente precisará de ser combatida con medios también globalizados. Quizás comencemos un proceso de *slowbalisation*, como lo menciona el Profesor Ciaccia en el trabajo que incluimos en este volumen.

Como ocurre con el mercado, o con la democracia o con la libertad de prensa, los defectos y carencias de la globalización deben ser corregidos no por el camino de la eliminación de la sustancia sino por el esfuerzo del mejoramiento, por la creación de instituciones que, lejos de disminuir sus beneficios, los incrementen, permitiendo se separe la cizaña del trigo.

La corrección de la globalización no puede conducir al retorno del cerrado sistema “westfaliano” de los Estados nacionales competitivos por el poder, marcha atrás que sí sería apocalíptica, al menos por el peligro belicista (¿atómico, químico?) que podría representar. Tampoco significa la desaparición del Estado (CV, 41) sino, por el contrario, la necesidad de fortificarlo en las organizaciones públicas-políticas más cercanas a las familias y sus miembros: municipio, provincia, región, nación, mayormente en ese orden subsidiario.

La globalización es hoy un sistema imperfecto que debería dar un salto cualitativo y convertirse en un *ordenamiento jurídico*, es decir, en una comunidad política en la que predomine la cosmovisión unitiva jurídica (la “ciudad del hombre”), sin perjuicio del respeto de tradiciones culturales, creencias religiosas, etc.; es decir, un *ordenamiento jurídico supranacional común y subsidiario de las nacionalidades*. “Urge la presencia de una verdadera *Autoridad política mundial* [...]”, advertía hace ya más de diez años el ahora Papa Emérito en la encíclica *Caritas in veritate*³, a la que me atrevo a denominar y proponer como la “gran hoja de ruta” de la pospandemia.

³ Hoy más que nunca conviene releer el texto de CV n° 67, que parece escrito para las actuales circunstancias: “Ante el imparable aumento de la interdependencia mundial, y también en presencia de una recesión de alcance global, se siente mucho la urgencia de la reforma tanto de la *Organización de las Naciones Unidas* como de la *Arquitectura económica y financiera internacional*, para que se dé una concreción real al concepto de familia de naciones. Y se siente la urgencia de encontrar formas innovadoras para poner en práctica el principio de la *responsabilidad de proteger* y dar también una voz eficaz en las decisiones comunes a las naciones más pobres. Esto aparece necesario precisamente con vistas a un ordenamiento político, jurídico y económico que incremente y oriente la colaboración internacional hacia el desarrollo solidario de todos los pueblos. Para gobernar la economía mundial, para sanear las economías afectadas por la crisis, para prevenir su empeoramiento y mayores desequilibrios consiguientes, para lograr un oportuno desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, para garantizar la salvaguardia del ambiente y regular los flujos migratorios, urge la presencia de una verdadera *Autoridad política mundial* [...] Esta autoridad deberá estar regulada por el derecho, atenerse de manera concreta a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, estar ordenada a la realización del bien común (cita a Juan XXIII, enc. *Pacem in terris*), comprometerse en la realización de un auténtico desarrollo humano integral inspirado en los valores de la caridad en la verdad. Dicha autoridad, además, deberá estar reconocida por todos, gozar de poder efectivo para garantizar a cada uno la seguridad, el cumplimiento de la justicia y el respeto de los derechos (cita, Concilio Vaticano II, Const. Past. *Gaudium et spes*, 82). Obviamente, debe tener la facultad de hacer respetar sus propias decisiones a las diversas partes, así como las medidas de

Algunos líderes mundiales, con mucha picardía, lanzan la consigna de “primero nuestra Nación”, como si la globalidad regulada pudiera poner en peligro el bienestar de esos riquísimos conglomerados nacionales. Es una picardía, porque saben que, siendo sus naciones superpoderosas, la globalidad regulada las sometería a un orden de por sí limitativo de un poder que, de lo contrario, pueden ejercer con la fuerza que les convenga según las circunstancias. Uno de los efectos del ordenamiento jurídico –nacional, global– es la protección de los más débiles frente, al menos, los excesos de los más poderosos.

Quizás sea todavía prematuro pensar en una “autoridad política mundial” sin perjuicio del deseo profético expresado por Benedicto XVI. Pero se puede ir avanzando por escalones, estableciendo agencias supranacionales con *verdadero poder final* (esto quiere decir, incluso, *coactivo*) sobre materias específicas de inevitable alcance global, como la salud, las migraciones, el hambre. Es decir, agencias supranacionales capaces de ampliar cada vez más el número de invitados a la mesa del bien común global.

Las páginas que siguen recogen el pensamiento –con variantes e ingredientes jurídicos, políticos y económicos– de diversos autores y profesores proponiendo, para la discusión, instrumentos y medidas no sólo para enfrentar a la pandemia en sus horas críticas sino a una situación que me imagino igual o todavía más grave: la pospandemia. Para lidiar con ésta no bastará, en realidad será contraindicado, el encierro y aislamiento, sino ciertamente medidas de emergencia donde lo público (el Estado) asumirá un papel relevante frente a lo privado (la sociedad civil). Esperemos también que, como lo enseñaba Benedicto XVI y lo continúa haciendo nuestro Francisco, las autoridades tengan conciencia acerca de la necesaria temporalidad de la emergencia y recuerden que ellas son titulares de sólo, aunque nada menos, una competencia subsidiaria.

coordinación adoptadas en los diferentes foros internacionales. En efecto, cuando esto falta, el derecho internacional, no obstante los progresos alcanzados en los diversos campos, correría el riesgo de estar condicionado por los equilibrios de poder entre los más fuertes. El desarrollo integral de los pueblos y la colaboración internacional exigen el establecimiento de **un grado superior de ordenamiento internacional de tipo subsidiario para el gobierno de la globalización** (cita a Juan Pablo II, enc. *Sollicitudo rei socialis*, 43), que se lleve a cabo finalmente un orden social conforme al orden moral, así como esa relación entre esfera moral y social, entre política y mundo económico y civil, ya previsto en el Estatuto de las Naciones Unidas” (destacados en el original, salvo lo destacado en negrita).

PARTE GENERAL

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, EXCEPCIONALIDAD Y DEMOCRACIA

MARTÍN PLAZA*

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país, desafortunadamente, tiene una larga tradición en sobrellevar emergencias de tipo político, económico y social. Al respecto, a través del tiempo se han generado numerosas leyes, doctrina judicial y teoría política.

En todas ellas, se puede identificar, por un lado, la problemática y siempre insistente realidad en sus distintas fases, y por el otro, una voluntad decisionista, o en el peor de los casos autoritaria, que reclama poderes y facultades para las soluciones que se proponen.

En el caso pandémico del COVID-19, la problemática adopta perfiles novedosos. Se trata de una emergencia sanitaria, de escala mundial, en la cual no se conoce la posible solución, ni cuánto va a durar. Como consecuencia de la misma, así como de las medidas sanitarias tomadas al respecto, asoma también una emergencia económica, que agudiza la crisis que ya afrontaba nuestro país.

Esta obra académica, en los distintos artículos, aborda variados aspectos jurídicos de la pandemia a partir de sus realidades sectoriales, con sus posibles efectos y consecuencias. Mientras que este artículo reflexiona sobre una temática más general surgida de las distintas preocupaciones particulares: el sostenimiento de un real Estado de Derecho constitucional, y su sustento democrático.

Si entendemos un Estado de Derecho como aquel en que el Estado está sometido a derecho, comprendiendo este último como un derecho ordinario surgido de la deliberación y respetuoso de los valores constitucionales, aun con situaciones de excepcionalidad

*Abogado. Máster Universidad Austral. Profesor UBA-Ucasal. Investigador Universidad LUISS - Roma.

contempladas legalmente, y no un derecho extraordinario surgido de situaciones de emergencia y en los que se den muestras de autoritarismos, el examen de constitucionalidad quedará satisfecho.

Esta permanencia en la emergencia, cuando se exceden las situaciones temporales (y que quizás, desgraciadamente, nos habilite a hablar de Estado de Derecho en emergencia), nos interpela como comunidad jurídica, ya que nuestro rol de operadores del derecho es resguardar y proteger el ámbito de libertad. Ello implica un gran esfuerzo deliberativo institucional, que, resguardando una regulación razonable de los derechos, permita al gobierno la toma de decisiones necesarias para la solución de los problemas.

Estas anomalías claramente van a afectar, modificar o reemplazar estándares democráticos y republicanos que ya de por sí responden a épocas pasadas, que por su anclaje histórico a una cierta época, quizás, no los torna adecuados y convenientes, tal como existen, para este presente. Aun así, la libertad, la igualdad y la solidaridad, a través del tiempo, han sabido encontrar nuevas formas de expresarse más abarcativas e inclusivas; el poder, también. En ese equilibrio está la clave del funcionamiento de nuestros sistemas, que deben ser pensados con un sentido más contemporáneo que nunca.

También es necesario recordar que los derechos se dan en un ámbito relacional, por eso no son absolutos ni ilimitados, como bien lo explica el Profesor Barra en su artículo del presente libro.

Todas las soluciones y posibilidades están en la Constitución Nacional. Fuera de ella, solo es posible la tiranía o la anarquía. Los estándares a cumplir, aun en emergencia, son los de una razonable reglamentación de los derechos individuales, división de poderes con un básico funcionamiento, y respeto del principio de soberanía del pueblo. Y esto no debe ser confundido con un positivismo adorador de la ley suprema, sino como el reconocimiento de que allí están los valores que encarnan la constitución real, el proyecto comunitario del país.

La clave de bóveda del sistema de derecho público, que engloba el derecho constitucional y administrativo, es el equilibrio que logra ese principio que se llama régimen exorbitante. Equilibrio que se alcanza mediante la aplicación de las exigencias y reglas de la justicia distributiva, que implican tanto las garantías de los administrados, como las prerrogativas de la Administración Pública¹.

Como en casi todos los temas de la vida, la cuestión está, entonces, en el punto justo, en el término medio; ese equilibrio que los clásicos tanto anhelaban, y que tan breve y claramente resumen uno de los mandatos de Delfos: “Todo en su justa medida”.

Ese equilibrio es el que define un Estado sometido a derecho, pero a la vez un derecho con impulso democrático. Hay allí entonces un *push* y un *pull*. Un freno y un impulso. Una posibilidad cierta de que todos en la comunidad vean realizados sus derechos.

¹ Barra, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, pp. 257 y sigs.

Para dar contenido a estas declaraciones, es preciso, en primer lugar, analizar qué se entiende por Estado social de Derecho y Estado constitucional de Derecho, cuáles son sus virtudes y debilidades, y cómo el estado de emergencia significa una reacción que el propio sistema constitucional genera para superar ciertas excepcionalidades.

En el punto III, se verá cómo el país ha dado respuesta a las distintas emergencias, y si esa experiencia es valiosa, y en qué medida es útil al país la doctrina y jurisprudencia desarrolladas para esta situación distinta y más compleja que nos aqueja.

En el punto IV, veremos realidades y posibilidades del Estado de Derecho y la democracia. Es decir, se analizarán, a partir de los cambios en el mundo y en nuestra sociedad, las perspectivas de ambas instituciones.

Del análisis de estos temas surgirá, con toda claridad, si en la actualidad se cumplen los estándares constitucionales y democráticos, y de no serlo así, cuáles serían las correcciones a realizar.

II. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EXCEPCIONALIDAD

1. “El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica”².

Como bien explica Sampay³, el Estado “no es otra cosa que una sociedad políticamente organizada, y no puede haber sociedad sin organización política; la realidad del Estado, de la sociedad civil, no es ni la sociedad ni el orden político por sí solos, sino su compuesto, de manera que entre Estado y sociedad no existe ninguna separación real”.

El sistema social se encuentra fundado sobre una pluralidad de ordenamientos jurídicos, a los cuales el ordenamiento estatal les confiere unidad, sin la cual solo habría diversidad desordenada⁴.

Esta concepción clásica del Estado se ha visto completada y actualizada en nuestras épocas, con el concepto de justicia. Esta última tiene por objeto, en el ámbito del Estado, la búsqueda del bien común, lo que nuestra Constitución en su Preámbulo definiría como bienestar general. Es aquí donde comienza a aplicarse la idea de justicia distributiva, que rige las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, a diferencia de la justicia conmutativa, que rige las relaciones entre particulares.

Hay una sutil evolución y diferencia en la concepción de Estado de Derecho social, y Estado de justicia.

² Porrúa Pérez en Alfonsín, Raúl, *Fundamentos de la República Democrática. Curso de Teoría del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 30.

³ Sampay, Arturo Enrique, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Editorial Theoria, 1996, p. 374

⁴ Barra, Rodolfo, *op. cit.*, p. 38.

En ese sentido, explica Cassagne: “[...] la fórmula Estado de justicia, acuñada originariamente por Del Vecchio, refleja una concepción superadora, tanto del Estado de Derecho como del modelo que le sucedió: el Estado social de Derecho. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del Estado de Derecho (independencia del Poder Judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo XIX con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiaridad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado—más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)— se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado Estado de bienestar o Estado social), y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas”⁵.

Esta concepción del Estado está receptada en nuestra constitución actual (texto de la Constitución 52/60, con las modificaciones del 49/57 y 94), lo cual marca las particularidades de un Estado de justicia dando forma al Estado constitucional, en una clara diferencia de los países europeos, donde el proceso histórico se dio de otra manera.

2. Dinámicas posibles del Estado constitucional de Derecho

Como lo explica el Profesor Barra, en su artículo del presente libro, el derecho es relacional, o sea, cada persona tiende un “derecho a”, lo que necesariamente supone la existencia y la complementariedad del otro. Esta relación jurídica es tutelada de un modo equilibrado en tiempos normales, pero sería un despropósito mantener esa normalidad en momentos en que la relación necesariamente va a ser influida por las situaciones irregulares que afectan el día a día. Esta situación, donde hay grandes sobresaltos jurídicos-políticos-sociales, muy diferentes a los períodos regulares, amerita que los intereses individuales tutelados constitucionalmente solo de una manera temporal sean protegidos de otro modo, puesto que, sino, se corre el riesgo de que su ejercicio se vea aún más afectado. Por ejemplo, en este caso de la pandemia COVID-19, si no se restringen razonablemente ciertas libertades de circulación y de trabajo, el bien salud individual, en el futuro, podría ser afectado en mayor medida. Lo mismo con el bien trabajo personal, o incluso la misma libertad de circulación. Si esa restricción es irrazonable, acrecienta el poder, no permite mecanismos de crítica y revisión de la medida, estamos claramente en una versión de autoritarismo.

Esto supone una concepción dinámica del Estado de Derecho constitucional, puesto que si la norma no previera estas situaciones de excepcionalidad, realmente estaríamos en problemas.

⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 7ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 1996, p. 66.

De ahí la importancia de la concepción histórica⁶, ya que más allá de las notas generales comunes a todos los Estados, sólo se lo puede entender a partir de la comprensión de cómo se ha ido conformando el país. No es lo mismo el Estado norteamericano que el chino, que el egipcio, que el argentino. Este Estado argentino que, en este aspecto, ha tomado notas de la concepción norteamericana, ya que a partir de la adopción de un sistema constitucional específico (más allá de las importantes originalidades que resolvieron nuestros padres constituyentes), se inspira en la constitución norteamericana de 1776.

Esta concepción se basó en tres elementos fundamentales que se plasmaron en la mayoría de los sistemas constitucionales sudamericanos: a) la idea de la Constitución como norma suprema que prevalece sobre las leyes comunes en razón del acuerdo que garantiza los derechos individuales y sociales en el marco de una Constitución; b) el reconocimiento en la Constitución de valores, derechos fundamentales y finalidad de búsqueda del bien común, y c) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes.

Estos principios receptados desde un comienzo de nuestra historia constitucional en la norma jurídica superior nos permiten aclarar las diferencias con aquello que ahora los europeos denominan neoconstitucionalismo, o constitucionalización del Derecho⁷.

Es importante el énfasis que ponemos en resaltar la originalidad constitucional argentina, puesto que es en la misma norma superior, donde el constituyente, conociendo la historia y las particularidades de la República Argentina, ha ideado los mecanismos para solucionar las situaciones de excepcionalidad que vayan surgiendo; en el caso de las situaciones de emergencia, a partir de la Reforma Constitucional de 1994.

Si realizamos una comparación con los sistemas políticos europeos, donde mayoritariamente rige un sistema parlamentario, y un proceso de constitucionalización reciente del sistema normativo, además de una situación de bienestar y de cobertura notoriamente más amplia que en nuestro país, las respuestas del poder político van a ser distintas y variadas.

La Constitución argentina, desde un comienzo, contiene un Capítulo Primero con Declaraciones, derechos y garantías. Dicho capítulo, que conforma la parte dogmática de la carta magna, constituye el núcleo filosófico constitucional de defensa de los derechos del hombre, a la vez que un fuerte límite respecto del ejercicio de los poderes del Estado. Los derechos incluidos se refieren a “la facultad de obrar, de no hacerlo, y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en sendas etapas de la historia constitucional argentina”⁸.

⁶ Sampay, Arturo Enrique, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, p. 360.

⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, en “Prefacio”, Buenos Aires, La Ley, 2015.

⁸ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 11.

A su vez, las garantías “se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan, también, otras facultades personales o colectivas, y se abren en varias direcciones”⁹. Sustancialmente, dicho sistema se integra con el principio de igualdad (Art. 16), el de autonomía personal y de legalidad (Art. 19), el de propiedad y de libertad contractual (Arts. 14 y 17), con protección de los trabajadores en la relación laboral (Art. 14 bis), y del consumidor y usuario en la relación de consumo (Art. 42).

La conformación de dicho sistema significa un importante valladar al avance irracional del poder, ya que dichos derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (Art. 28) y tampoco podrán ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (Art. 33). En este último artículo, el constituyente define de un modo magistral el origen de dichos derechos: el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana democrática de gobierno.

Esa soberanía del pueblo, que se traduce en una efectiva vigencia de la democracia, es el aspecto a tratar en el punto IV del presente trabajo. Democracia que no se puede limitar solo a una participación electoral cada dos años (democracia formal), sino a una efectiva igualdad de oportunidades para el acceso a los bienes que garantiza nuestra Constitución (democracia material). Nuestra democracia está en crisis, ya que la obscena desigualdad de nuestras sociedades ha quedado al descubierto al estallar la pandemia. En ese sentido, han quedado también al descubierto la desarticulación de los sistemas de salud pública, como así también de las políticas de apoyo y promoción de la investigación.

El elemento democrático (ahora como un elemento normativo) es, por primera vez, explicitado a partir del año 94, en el texto constitucional, a través de cláusulas que promueven su protección. Así, nuevos artículos se vinculan con el funcionamiento de la democracia representativa, como las sanciones a quienes se alcen contra el orden institucional y el sistema democrático, interrumpiendo la observancia de la Constitución (Art. 36), determinando que también atentará “contra el sistema democrático quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”, inhabilitando al responsable para ocupar cargos o empleos públicos. También se consagran los derechos políticos a través del sufragio universal, secreto y obligatorio (Art. 37) y la igualdad de sexos para acceder a cargos electivos y partidarios, lo que queda resguardado a través de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (Art. 37). Se constitucionalizan los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (Art. 38), como también se introducen la iniciativa y la consulta popular (Arts. 39 y 40) tanto para la presentación de proyectos de ley como para someter a consulta vinculante o no vinculante otros proyectos.

También así lo ha entendido la CSJN, quien en el fallo “Rizzo”¹⁰ sostuvo: “La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al

⁹ Ídem.

¹⁰ “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley N° 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo” (2013). CSJN, *Fallos*: 336:760.

mismo tiempo, para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación”.

Pero coordinado con estos reconocimientos de derechos y garantías, el constituyente previó la necesidad de afrontar situaciones de excepcionalidad, de anormalidad. En estos casos, justamente para salvaguardar los derechos individuales, y no anularlos, se prevé que el Poder Ejecutivo pueda legislar materialmente, dentro de ciertos límites. La Constitución Nacional, en su Artículo 99, inciso 3º, dispone esa posibilidad, dentro de ciertos límites (circunstancias excepcionales), en materias limitadas (no se trata de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos), de una manera temporal y con procedimiento previo y posterior a cumplir. También en el Artículo 76, pero a partir de una delegación del Poder Legislativo.

La emergencia (cuya actual existencia es un hecho público y notorio) justifica el uso de facultades extraordinarias para reglamentar de manera especial, excepcional y temporalmente, los derechos de los particulares. Estas reglamentaciones especiales solo son justificables ante una real situación no contemplada en el orden normativo vigente, tomándose los debidos recaudos para que no se afecten derechos de individuales, garantizándose su ejercicio, aunque con las correspondientes restricciones temporales. Siempre dicha reglamentación debe ser razonable, y genérica, es decir, no puede perjudicar solo a un sector de la sociedad.

III. EMERGENCIAS JURÍDICAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En el punto anterior se ha mencionado el fundamento constitucional de la emergencia, así como también su necesaria limitación y excepcionalidad. En este punto, se verá el contenido político de la situación jurídica en análisis, así como la evolución político-jurídica que la misma ha tenido. Estas incursiones tienen como objetivo dar un marco jurídico posible a los efectos de la emergencia sanitaria COVID-19. Dicho objetivo excede la emergencia en sí, más bien busca argumentar a favor de un razonable funcionamiento de la democracia en este tipo de períodos, dentro de un estricto marco de Estado constitucional de Derecho.

Las emergencias suponen el surgimiento de una situación no prevista, que “emerge”, que no fue planificada. Es paradójico, pero esto implica una cierta regularidad en el surgimiento de las mismas, ya que en la vida del hombre lo usual es la incertidumbre, lo contingente. En realidad, es el propio espíritu del hombre, y su ámbito de libertad, el origen real de situaciones de este tipo. El derecho viene justamente a buscar un manejo razonable de las situaciones de incertidumbre, una razonable convivencia con la misma. En ese sentido son inspiradoras las palabras del Justice norteamericano Cardozo: “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus mas altos niveles no es descubrimiento, sino creacion, y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente”¹¹.

¹¹ Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 166.

Es así que en el derecho, como posibilidad organizativa de la sociedad a través de un sistema de norma y valores, el sistema constitucional prevé esas situaciones de emergencia. También ante lo imprevisible, planifica el menor daño posible y la mayor rapidez en el retorno a la previsibilidad, a la seguridad. Es en este ámbito donde el hombre tiene más posibilidad de desarrollo, y plenitud.

La República Argentina, desde su Declaración de Independencia en 1816, ha sufrido constantes emergencias de distinto tipo, situación que se ha tornado peligrosamente anómica¹² en el siglo XX, ya que la suspensión de la Constitución como norma garantizadora ha sido permanente en lo político, económico, social, administrativo, financiero, etc.

En el presente punto se intentará realizar un análisis de las características de las emergencias en el país, y sus relaciones con el derecho. Como se verá, las mismas son sustancialmente emergencias económicas, pero la doctrina que emana de ellas, y sus experiencias nos serán de gran ayuda para el objetivo del artículo: la superación de los problemas actuales, con el mayor grado de respeto al Estado de Derecho. Se estudiará, inicialmente, el concepto de emergencia desde el derecho político, para luego conocer su justificación a partir de las crisis económicas, y los instrumentos que la llevaron adelante. A continuación, se verá en qué afectan estas emergencias el derecho constitucional, para culminar con la visión jurisprudencial de las mismas. El paradigma de análisis será la Constitución como norma y como sistema de valores supremo de la sociedad argentina. De los múltiples efectos que causa una declaración de emergencia, gran cantidad de ellos se caracterizan por afectar el equilibrio que supone el derecho administrativo, ya que el sistema de prerrogativas y garantías allí previsto sufre una inclinación favorable respecto de la administración. En algunos casos, ese mayor margen de poder sirve para restablecer el equilibrio democrático constitucional.

A. La emergencia, aspectos generales

Agamben¹³ señala que no existe en el derecho público una teoría de la excepción, incluso que muchos juristas niegan esa posibilidad, ya que la antigua máxima latina, “necitas legem no habet” (“ante la necesidad no hay leyes”) resulta en sí misma terminante, y que además, al situarse la materia entre lo político y jurídico, resulta una franja ambigua e incierta. El adagio citado debe ser entendido en el sentido de que es la propia necesidad la que se constituirá en su propia ley, es decir, que en una determinada situación de emergencia, se inhibe el ejercicio regular de la ley, porque se considera que la misma no soluciona la crisis.

El autor mencionado sostiene, con gran agudeza, que el Estado de excepción se ha constituido desafortunadamente en un preponderante paradigma actual de gobierno.

¹² Anomia en el sentido descrito por Carlos Nino, en su brillante obra, *Un país al margen de la Ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992. Es decir, ausencia de norma, o incumplimiento de la misma.

¹³ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004, p. 23.

Así, “el totalitarismo moderno puede ser definido, en ese sentido, como la instauración a través del Estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo del adversario político sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político”, por lo que “el Estado de excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante de la política contemporánea. Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno, amenaza con transformar radicalmente la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. El Estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo”¹⁴.

Si bien Agamben se refiere al Estado de excepción vinculado esencialmente a los fenómenos políticos, es decir, a lo que en la actualidad se entiende como Estado de Sitio (*etat de siege fictif*), o los *emergency power* o *martial law* anglosajones, en el presente estudio nos servirá como sustrato de filosofía política respecto de las reflexiones relacionadas a las emergencias sanitarias, económicas, sociales, administrativas, financieras, etc.

Antes de esta crisis pandémica, ya era un dato de la realidad que los distintos gobiernos del mundo invocaban la excepcionalidad para enfrentar distintas situaciones, alguna de ellas con bastante fundamento, otras no.

La discusión actual respecto de los Estados de excepción o emergencias será, entonces, cómo ocurrió el proceso de regularlas explícitamente, y una vez definido esto, con qué características y alcances. En este análisis radica la determinación respecto del ajuste al Estado constitucional de Derecho del instrumento jurídico en análisis.

En Europa, en períodos de entreguerras, con sistemas políticos en crisis y ordenamientos normativos estériles, juristas de distintas orientaciones comienzan a desarrollar la justificación del ejercicio de la excepción moderna.

Santi Romano sostiene que “la necesidad se puede decir que es la fuente primera y originaria de todo derecho, de modo que a su respecto las otras deben considerarse en cierto modo derivadas [...]. Y en la necesidad debe rastrearse el origen y legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir, el Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando este es instaurado como un procedimiento de facto, por ejemplo, por la vía de la revolución”¹⁵. Es decir que el Estado de excepción se nos presentaría como algo limítrofe, pero perfectamente jurídico y constitucional, como un producto nuevo. Más aún con el fenómeno sanitario en análisis.

A su vez, Carl Schmitt señala “que el soberano está al mismo tiempo dentro y fuera del orden jurídico”. Según este pensamiento, el producto o instrumento jurídico, sea la ley o el decreto, podría estar perfectamente fuera del propio orden jurídico. El autor alemán señala la paradoja por la cual “la decisión soberana demuestra no tener necesidad del

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵ *Ibidem*, p. 64.

derecho para crear derecho”, ya que la misma “se trata, en realidad, no tanto de controlar o neutralizar un exceso, cuanto de crear y definir el espacio mismo donde el orden jurídico-político puede tener vigencia”¹⁶. Esta posición es realmente peligrosa, y sirve de sustento a distintos autoritarismos.

“La excepción es lo no subsumible, lo que escapa a la comprensión genérica”, afirma Schmit, y Jorge Dotti se pregunta qué se entiende por no subsumible explicando que se refiere “ante todo, a la importancia de la regla frente a lo radicalmente novedoso, o mejor, a la lucha que lo excepcional entabla con la ley vigente, para no someterse a esta y fundar a partir de sí mismo una nueva legalidad. Al toparse con lo imprevisto, por imprevisto, las pautas de normativización hasta entonces vigentes entran en crisis, las categorías que ordenan jurídicamente el universo de situaciones vitales se revelan incapaces de aferrar el sentido de lo novedoso, el sistema ignora la especificidad de las fuerzas de ruptura que impulsan a lo excepcional. Los universales en vigor que sostienen el ordenamiento normativo asegurando el efecto de previsibilidad, no pueden sino tipificar o conceptual imperfectamente lo que en cambio es radicalmente nuevo”¹⁷.

Algunos autores denominan a esta lógica de poder decisionismo, conforme se verá en el acápite V, y que entendemos dentro del abanico de posibilidades que brinda la teoría política, la que en su posibilidad más tenue y reglamentada, resulta más razonable y ajustada a derecho.

B. La emergencia económica

Como fuera dicho, las distintas emergencias poseen diferentes tipos de causas, pero nuestro país ha desarrollado una importante doctrina y jurisprudencia de la cual podemos echar mano, para pensar la problemática actual. Incluso también, respecto de la posterior, o quizás simultánea, crisis económica.

Al respecto, si bien estamos abordando el tema desde la especificidad jurídica, resulta necesario hacer alguna referencia a factores externos a la teoría constitucional, concretamente, en este caso, a la economía. En esta disciplina se pueden encontrar las causas originarias de las posteriores declaraciones de las emergencias, y también su fundamentación.

Si bien el análisis jurídico no se ocupa centralmente de cuestiones económicas, el fin y objetivo del Estado de Derecho es la igualdad y la justicia, las cuales se ven gravemente afectadas por los problemas económicos que dan lugar a la emergencia. Varios de estos aspectos económicos de la interpretación constitucional deben ser tenidos en cuenta en las declaraciones de emergencia y en su análisis, o en todo caso deberían ser tenidos en cuenta¹⁸.

¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹⁷ Sarlo, Beatriz, *La pasión y la excepción*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, p. 269.

¹⁸ Solá, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 28; allí se tiene en cuenta el énfasis puesto en los últimos tiempos respecto del análisis necesario que debe existir de la relación entre la economía y el constitucionalismo. Así, el autor, citando a Posner, señala al menos ocho puntos de interpretación económica de la Constitución:

En el presente análisis solo se tomarán como matriz de análisis los períodos gubernativos desde el retorno a la democracia; tal limitación temporal en razón de resultar contradictorio analizar el funcionamiento del derecho cuando no existía derecho, y por otra parte que es desde el año 1983 que se ha desarrollado en nuestro país la doctrina de la emergencia en los términos en que la trata el presente trabajo.

A título ilustrativo la situación económica con que comienza el gobierno de 1983 es de una deuda externa que había pasado de \$5.500 en 1975 a \$43.000 millones, una inflación del 20 % mensual, y una desocupación del 4 %. Dichas cifras pueden compararse con las actuales, para dar un escenario y una perspectiva de la actualidad.

Los números resultan sumamente explicativos en sí mismos, y en los hechos han producido gravísimas crisis que no solo se refieren al funcionamiento de la economía y el sistema republicano, sino que principalmente afectaron la dignidad del ser humano con fenómenos tales como desocupación y pobreza. Desafortunadamente, en estos casos las maquinaciones iluminadas de los economistas primaron sobre el Estado de Derecho, originando paradójicamente grandes crisis económicas.

Estas graves situaciones económicas dieron origen al desarrollo de una teoría y práctica de la emergencia, la cual, justificada cuando se dan las condiciones, se transforma en un elemento de abuso del derecho cuando dichas condiciones no se dan. Es así como se produce la paradoja de una emergencia permanente.

Existen, entonces, emergencias justificadas, exageradas o simplemente autogeneradas, desvirtuando de esa manera un correcto instrumento útil para las situaciones extremas, y debilitando el sistema de Estado de Derecho, no solo normativamente, sino también, y quizás eso sea lo peor, culturalmente.

Este sistema de derecho de la excepcionalidad se ha llevado adelante en algunos casos a través de leyes, y en otros, a través de reglamentación por el Poder Ejecutivo, por medio de DNU. Es interesante el criterio del Dr. Bernardo Saravia, respecto a la no equivalencia de situaciones de emergencia y categoría de decreto de necesidad y urgencia¹⁹.

-
1. La teoría económica del constitucionalismo: existencia de mayorías y minorías.
 2. La economía del diseño institucional, es decir, de las reglas constitutivas del sistema político, separación de poderes, federalismo.
 3. Los efectos económicos que surgen de las doctrinas constitucionales específicas.
 4. La interpretación de la lógica económica implícita de las normas constitucionales.
 5. La existencia en el derecho constitucional de mecanismos de protección del mercado, tales como el equilibrio presupuestario y la toma de deuda pública.
 6. El problema del dualismo, en cuanto a la protección de libertades personales y al mismo tiempo económicas.
 7. Interpretación constitucional y desarrollo económico.
 8. Uso del análisis económico en la interpretación constitucional.

¹⁹ Saravia, Bernardo en <https://www.ptn.gob.ar/blog/2018/04/17/los-decretos-necesidad-urgencia/>; allí se sostiene: “Por alguna peregrina razón, se ha hecho una aplicación analógica del Artículo 76 de la Constitución Nacional y de la tesis de la emergencia, para concluir, tanto doctrina como jurisprudencia, en que: i) sólo se podría usarlo ante circunstancias de fuerza mayor (como acciones bélicas o desastres naturales) que impidiesen la reunión del Congreso y el traslado de los legisladores a la Capital Federal, o ante el receso del Congreso de la Nación;

A los fines de la comprensión histórica de la emergencia, que constituye un aspecto esencial de este trabajo, se realizará un breve resumen de las emergencias económicas de nuestro país.

Primera Emergencia: En el año 1989 se sanciona la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado y de Emergencia Administrativa. La misma dispone todo lo concerniente al proceso de privatizaciones, y, también, la emergencia de la prestación de los servicios públicos, de la ejecución de contratos del Estado, y de la situación económica financiera del mismo. Dicha ley se establece por un año, y se faculta al Poder Ejecutivo a prorrogarla por un año más.

A su vez, la Ley N° 23.697 declara la Emergencia Económica del Estado instrumentando la suspensión de subsidios y subvenciones, de los regímenes de promoción industrial y minera, entre otras cosas.

El Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 36/1990 dispuso sustancialmente que las entidades financieras devolvieran a los titulares de depósitos a plazos fijos u obligaciones similares su importe en Bonos del Estado (Plan Bonex, cuya constitucionalidad se analizará en acápite).

La Ley N° 23.928 de 1991 estableció la convertibilidad del peso y la prohibición de la indexación. La Ley N° 23.982 tuvo por finalidad que el Estado conociera el monto real de su deuda interna (desconocida a esa fecha), intentar ponerle un límite, a la vez que investiga su origen, y posibilitar su pago. La finalidad válida de esta ley se torna cuestionable en cuanto al cumplimiento de esas obligaciones por parte del Estado, ya que partir de esa ley se instrumentó la denominada consolidación de deudas, que consistía en el congelamiento de la deuda a la fecha de corte, y su pago con bonos del Estado con vencimiento diferido.

Dicha política se completa con lo dispuesto por la Ley de Presupuesto de 1995, donde se estableció la caducidad de todas las deudas del Estado que no fueran objeto de contienda judicial al 30-6-1995.

Este conjunto de normas instrumentó la emergencia y reforma del Estado oportunamente, permitiendo salir efectivamente de la hiperinflación y lograr un crecimiento económico del país.

Las cifras económicas antedichas nos permiten justificar la emergencia en análisis, aunque corresponde señalar las gravísimas afectaciones de los derechos de propiedad de millones de ahorristas (Plan Bonex), la consolidación de deudas del Estado y la limitación de llevar al mismo a juicio, y el uso excesivo y muchas veces inapropiado del instrumento Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU).

y ii) sólo estaría habilitado ante situaciones de emergencia. Con la excusa de ‘coordinar ambigüedades’ se ha deformado el texto de la Constitución Nacional, haciéndola decir lo que no dice, e incurriendo en una interpretación de las no permitidas: ‘mutativa contra *constitutionem*’.”

“Necesidad y urgencia” no es “emergencia”. Si el constituyente del 94 hubiera querido establecer como presupuesto para la procedencia de un DNU, el más estricto y limitado de la emergencia, lo habría hecho de una vez, sin rodeos. No lo hizo: *ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, tacuit*.

Pero la observación más importante es respecto de la duración de la emergencia en cuestión, ya que la Ley N° 23.696 (matriz de todo el sistema) estableció su duración por un año, pero luego la Ley de Presupuesto N° 23.990 para el año 1991 prorrogó por un año el régimen de emergencia, haciéndolo por otro año más el DNU N° 1.503/1992. Es decir, llegamos a fines del año 1993, cuando las condiciones económicas habían cambiado sustancialmente. Esta emergencia se fue prorrogando sucesivamente.

Segunda Emergencia: El gobierno del Dr. Fernando de la Rúa, iniciado en 1999, declara la emergencia económico financiera, de la prestación de servicios, y de la ejecución de los contratos a cargo del Estado, a través de la Ley N° 25.344 en octubre del año 2000. Dicha ley, además, consolidaba nuevamente deudas, en este caso las comprendidas entre marzo de 1991 y enero del 2000, disponiendo asimismo fuertes restricciones a la posibilidad de litigar contra el Estado, aún más fuertes que en la emergencia anterior, en que dicha ley establece un plazo de duración de un año.

En marzo de 2001 se sancionó la Ley N° 25.414 que realiza importantes delegaciones al Poder Ejecutivo en materia de administración y renueva la emergencia pública.

Estas leyes dan lugar a lo que sería la más grave afectación al derecho y a la seguridad jurídica realizada por nuestro país: el denominado corralito (Decreto N° 1.570/2001), que consistía en restricciones por noventa (90) días (que luego se transformaron en casi cuatro años) para retirar dinero en efectivo de las propias cuentas bancarias. Cada persona podía extraer hasta \$250 pesos o dólares por semana. Por encima de ese monto, las operaciones podían cancelarse a través de tarjetas de crédito, débito o cheques. Desgraciadamente, como luego se comprobó, los grandes depósitos ya habían salido del país, quedando solo cautivos los pequeños y medianos ahorristas. Esta situación se da con el agravante de que cuatro meses antes, el Congreso había dictado la Ley N° 25.446, que declaraba la intangibilidad de los depósitos bancarios.

Tercera Emergencia: En enero del año 2002 se sanciona la Ley N° 25.561 de Emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera, y cambiaria, realizando también una importante delegación de poderes, y con duración de dos años. Dicha ley deroga el sistema de convertibilidad monetaria, y dispone lo que se denominó pesificación asimétrica, que consistió en fijar el valor del dólar en 1,40 pesos, con restricciones para la compra de divisas, la transformación de los depósitos, aun los realizados en dólares, a ese valor, y las deudas con los bancos en dólares se transformaron en pesos, con una posterior compensación del Estado a los bancos. Es decir, se traspasaron las deudas en dólares de las grandes empresas, a pesos, con la consiguiente afectación a la población en general. La mencionada ley produce una importante delegación legislativa, que el Poder Ejecutivo nacional lleva adelante a través del Decreto N° 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero.

Dicha ley también fijó pautas de renegociación de contratos privados y públicos, debiendo mencionar respecto de estos últimos que aún se encuentra a la fecha sin haber concluido, en razón de importantes diferencias entre las partes respecto de montos de inversión y tarifas.

También se dicta la Ley N° 25.563, que declara la emergencia crediticia y productiva que modifica las leyes de concursos, suspendiendo las posibilidades de declararlos, y suspende las ejecuciones hipotecarias y de juicios ejecutivos.

Esta emergencia, sumamente justificada, puesto que el país, literalmente, había estallado, dio sin embargo lugar a graves afectaciones del derecho de propiedad, y a un monumental traspaso de deuda privada al Estado.

Cuarta Emergencia: Durante el período del Presidente Néstor Kirchner se prorroga la Ley de Emergencia N° 25.561, que vencía en diciembre del año 2003, primero por la Ley N° 25.820, que la prorroga hasta diciembre de 2004; luego, por sucesivas leyes hasta el día de la fecha (Ley 25.972). Si bien, como habíamos dicho, esta emergencia fue absolutamente justificada, sus sucesivas prórrogas significan una grave alteración al Estado de Derecho, ya que a partir del año 2003 el país creció a un promedio anual del 9 %, existe superávit fiscal, bajó la desocupación, e incluso se ha reducido un importante monto de deuda externa con respecto al FMI.

Es decir, superada la crisis económica, no se justifica de ninguna manera la continuación del estado de emergencia, especialmente cuando el mismo significa un poder de restricción de los derechos más intenso, y una afectación del sistema de poderes, que beneficia al Ejecutivo.

C. La emergencia sanitaria

El 12 de marzo del año 2020, el PEN emite el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260, por el que se amplía la emergencia pública en materia sanitaria, que ya se había establecido por Ley N° 27.541, dicha prórroga por el plazo de un año partir de esa fecha. Allí también se establece al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación, con una obligación de información diaria sobre zonas afectadas y situación epidemiológica. También se determina que el Ministerio mencionado, junto con los Ministerios provinciales, serán los ejecutores de las medidas de prevención que se adopten. Como dato central, se establece un aislamiento preventivo por catorce días para los casos sospechosos que arriben de zonas afectadas, y que hayan tenido contacto estrecho con casos de enfermos o sospechosos. Se dispone la suspensión de eventos masivos y vuelos del exterior.

El DNU N° 274/2020 dispone la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días (prorrogados por los DNU Nros. 313/2020, 331/2020, 365/2020, 409/2020), de personas extranjeras no residentes en el país a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales y centros de frontera.

El DNU N° 297/2020 establece el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), desde el 19-3-2020, con sucesivas prórrogas, que al momento de publicación del presente se mantiene aún vigente.

Este decreto faculta al Ministerio de Seguridad a llevar a cabo controles permanentes que garanticen el ASPO. Por otro lado, se determinan excepciones para el cumplimiento del aislamiento, que se fueron ampliando sucesivamente.

Como medida de carácter económico, se determina que los trabajadores del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus haberes, conforme reglamentación. En cuanto al federalismo, determina que las provincias deberán dictar las medidas necesarias para la implementación del decreto.

Con este complejo normativo sustancial, se han dictado numerosas resoluciones ministeriales o de organismo autárquicos, que han puesto en ejecución las medidas de gobierno para afrontar la pandemia.

Es importante mencionar que en este período se explicó también la existencia de un plan de lucha contra el COVID-19. El mismo consiste en cinco fases, que suponen distintas medidas:

- Aislamiento estricto: solo servicios esenciales autorizados, con fuertes restricciones nacionales, con un carácter geográfico homogéneo. Esto previó un tiempo de duplicación de casos de aproximadamente 5 días, y una movilidad de la población de aproximadamente el 10 %.

- Aislamiento administrado: ampliación de actividades habilitadas, con restricciones nacionales, y con un carácter geográfico homogéneo. Esto previó un tiempo de duplicación de casos de aproximadamente entre 5 a 15 días, y una movilidad de la población de aproximadamente el 25 %.

- Aislamiento por segmentación geográfica: con importantes excepciones provinciales, a partir de un criterio de segmentación epidemiológico. Esto previó un tiempo de duplicación de casos de aproximadamente 15 a 25 días, y una movilidad de la población de aproximadamente 50 %.

- Reapertura progresiva: donde prima un mayor criterio de segmentación, y una apertura de prácticamente 75 % de la población.

- Normalidad: con hábitos de cuidado e higiene sostenidos.

D. Derecho constitucional como límite del poder

El derecho constitucional es la única forma de enmarcar y controlar de un modo razonable el aumento de poder que supone una legislación de emergencia. En ese marco, resultan fundamentales los principios de: división de poderes, democracia real, el sistema de garantías que supone la Constitución.

División de poderes

La división de poderes, como teoría política surgida a partir de Montesquieu, viene a instrumentar una fragmentación del poder, evitando de esa manera la concentración del mismo. Históricamente, dicha teoría se consolida ante el surgimiento del Estado moderno, que superando la poliarquía medieval, construye un poder único y fuerte que logra someter y subordinar a la multitud de poderes, gremios y rangos existentes. Javier Flax explica que Montesquieu, en su obra, “no se limita a plantear la división de poderes y el sometimiento

del poder al imperio de la ley: recupera el concepto de poliarquía, pero una poliarquía resignificada. No se trata de múltiples polos de poder preestatales en conflicto permanente, sino de una nueva función para esos polos de poder: controlar los posibles abusos del poder estatal²⁰.

Pero dicha división de poderes, que viene a garantizar tanto las libertades particulares, como el no abuso del poder, podría no satisfacer las demandas de controles y contrapesos, si se agota su dinámica en lo meramente formal, recurriéndose a la invocación de la excepción cuando no la hay, o ausentándose el Congreso de las funciones que le competen, o delegando permanentemente sus tareas en el Poder Ejecutivo. Dicho ejercicio, además de perverso en cuanto al equilibrio republicano, resultaría un ámbito propicio al avance sobre los derechos de los particulares.

Al ejercicio del poder con estas características, algunos autores lo han denominado “decisionismo”. Flax menciona como clases de decisionismo el jurídico-político, el axiológico, el epistemológico y el judicial, interesándonos en el presente análisis el primero de ellos. El mismo consistiría en un modelo hegemónico de la racionalidad, en el cual la pérdida de fundamento de norma y valores es reemplazada por la instancia de la decisión y su eficacia. El decisionismo se instrumenta fundamentalmente a través de la invocación de la emergencia, la cual, como hemos visto, a veces resulta adecuada, pero ocurre que una vez solucionado el problema que le dio origen sabemos que el poder usualmente no se autorrestringe, por lo que transforma esa situación excepcional en permanente. Aunque también corresponde señalar que en épocas de emergencia, sin ese decisionismo, difícilmente se logre salir de la crisis.

Flax plantea un interesante ejercicio, cual es complementar las coordenadas orden-anarquía con la que se plantea la emergencia como un dilema de hierro, con las de justicia-injusticia, y la de opresión-libertad, con lo cual se podrá comprobar que “en un contexto de opresión e injusticia la estabilidad política no resulta sustentable”. En cambio, si las coordenadas, aun en emergencia, nos llevan a un contexto de justicia y libertad, con ciertas variables, pero vigentes en lo esencial, podemos hablar de una solución ajustada al Estado constitucional de Derecho.

Así, podemos encontrar países que “priorizan la eficacia y la eficiencia de sus resultados a la estructura del Estado constitucional de Derecho, anteponiendo el personalismo al imperio de la ley fundado en derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”²¹.

En definitiva, la invocación abusiva de las emergencias como justificativo de los estados excepcionales (cuando este no existe) viene a desequilibrar gravemente el sistema de división de poderes, clave de nuestro sistema constitucional, que supone un poder fragmentado y un Estado sometido a derecho.

La pregunta que nos debemos hacer en esta instancia, es si la administración del aislamiento, y las medidas de gestión de la pandemia en nuestro país han cumplido con los procedimientos constitucionales en este sentido, y si los órganos de gobiernos han funcionado razonablemente en este período.

²⁰ Flax, Javier, *La democracia atrapada*, Buenos Aires, Editorial Biblos, p. 28.

²¹ *Ibidem*, p. 19.

Garantías constitucionales

La instalación de un sistema de emergencia permanente afecta también el sistema de garantías y derechos que reconoce la Constitución.

La Constitución argentina, a diferencia de su modelo norteamericano, desde un comienzo contiene un Capítulo Primero con Declaraciones, derechos y garantías. Dicho capítulo, que conforma la parte dogmática de la carta magna, constituye el núcleo filosófico constitucional de defensa de los derechos del hombre, a la vez que un fuerte límite respecto del ejercicio de los poderes del Estado. Los derechos incluidos se refieren a “la facultad de obrar, de no hacerlo, y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en sendas etapas de la historia constitucional argentina”²².

Es así que podemos observar los derechos individuales del período liberal incluidos en el la Constitución del 53/60, los derechos de contenido social incluidos en el Artículo 14 bis de la reforma de 1957 (Constitución de 1949) y, finalmente, los derechos llamados de tercera generación, que principalmente se refieren a las relaciones de consumo, incluidos en la reforma de 1994.

A su vez, las garantías “se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan, también, otras facultades personales o colectivas, y se abren en varias direcciones”²³.

Sustancialmente, dicho sistema se conforma con el principio de igualdad (Art. 16), el de autonomía personal y de legalidad (Art. 19), el de propiedad y de libertad contractual (Arts. 14 y 17), con protección de los trabajadores en la relación laboral (Art. 14 bis), y del consumidor y usuario en la relación de consumo (Art. 42).

La conformación de dicho sistema significa un importante valladar al avance del poder, ya que dichos derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (Art. 28) y tampoco podrán ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (Art. 33). En este último artículo, el constituyente define de un modo magistral el origen de dichos derechos: el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno.

La emergencia, que permite el uso de facultades excepcionales, reglamenta en algunos casos en exceso los derechos de los particulares, lo cual, de existir una real situación no contemplada en el orden normativo vigente puede justificarse, tomándose los debidos recaudos para que no se afecten los derechos de propiedad, garantizándose su ejercicio, aunque con las correspondientes restricciones temporales. Siempre dicha reglamentación debe ser razonable y genérica, es decir, no puede perjudicar solo a un sector de la sociedad.

También debe tenerse especialmente en cuenta el carácter relacional del derecho que explica Barra, y el carácter social y de justicia que se mencionara en el punto II del presente trabajo.

²² Gelli, María Angélica, *op. cit.*, p. 11.

²³ Ídem.

E. Jurisprudencia, búsqueda del equilibrio de poderes

En nuestro sistema constitucional, la última ratio respecto de la interpretación constitucional la tiene el Poder Judicial. Si bien no dispone la Constitución de manera precisa la posibilidad del este órgano de realizar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el Artículo 116 adjudica al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

Cabe recordar que en la República Argentina no existen, como en los países europeos, Tribunales constitucionales, sino que el control de constitucionalidad lo realizan todos los jueces de una manera difusa, es decir, que no existe un fuero único ni especializado²⁴.

Pero este control de constitucionalidad tiene las siguientes características especiales:

1. Los jueces solo se pueden expedir en casos, respetando la jurisdicción material y territorial.
2. No pueden hacerlo en situaciones abstractas.
3. Tiene que ser a pedido de partes, es decir, no puede ser de oficio.
4. Es amplio, es decir, contempla el control respecto de todo tipo de normas y actos.
5. No es ejercido respecto de las llamadas cuestiones políticas.
6. La decisión es para el caso concreto, y no tiene efectos *erga omnes*²⁵.

Así, la Corte Suprema ha señalado: “[...] tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquella y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República” y también: “[...] la interpretación de la Constitución no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional”, completando dicho concepto con el principio de que ante la posibilidad de que la singularidad del caso hiciese inaplicable su doctrina, el tribunal inferior fundamentará en ello su decisión discrepante²⁶.

Analizaremos cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha intervenido en los casos de emergencia, utilizando a tal efecto la clasificación de la jurisprudencia en casos del ejercicio del poder de policía, casos de legislación de emergencia, y finalmente, instrumentaciones de políticas de excepción a través de DNU.

²⁴ La señera jurisprudencia de la Corte en el fallo “Sojo”, de 1887, asimilable al *leading case*, “Marbury v. Madison”.

²⁵ Gelli, *op. cit.*, p. 826. Los fallos de la Corte Suprema no resultan obligatorios al modo del sistema anglosajón del *stare decisis*, pero su valor no solo es moral o retórico, sino que la “obligatoriedad de la doctrina legal emanada de los fallos plenarios dictados en consecuencia de los recursos de inaplicabilidad de la ley, las sentencias de la Corte Suprema, surten el efecto de los precedentes judiciales con valor de ejemplaridad y requieren acompañamiento por parte de los tribunales inferiores”.

²⁶ Fallos: 212:51 (1947); 212:251 (1948) y 212:251 (1948), citados por Gelli.

Poder de policía

El poder de policía consiste en la facultad, ejercida a través del Congreso Nacional, de reglamentar los derechos de los particulares de manera que sean llevados a cabo en armonía dentro de la sociedad y en su relación con el Estado.

En este ámbito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha convalidado el ejercicio de las políticas de emergencia instrumentadas como ejercicio de poder de policía. Si bien en un principio sostuvo la Corte el criterio restringido respecto del poder de policía que incluye solo aspectos de seguridad, salubridad y moralidad con el paradigmático fallo “Plaza de Toros”, del año 1869, a partir del año 1922, con el fallo “Ercolano” (136:170), dio cabida al criterio amplio que incluye la regulación de intereses económicos y de regulación del bienestar general.

Dicho criterio no solo se mantuvo en el tiempo, sino que fue ampliándose cada vez más en temas diversos que nada tenían que ver con la posibilidad de un grave peligro para la sociedad. Al respecto, resulta un caso paradigmático el fallado en “Cine Callao” (247:121), del año 1960, que determinó la constitucionalidad de una ley que obligaba a la contratación de actores desempleados, para actuaciones en vivo en los intermedios entre las proyecciones de películas.

Legislación de emergencia

La declaración de inconstitucionalidad de una ley es una decisión de última instancia; ocurre cuando se ha incurrido groseramente en inconstitucionalidad por ilegalidad o irrazonabilidad. Pero sucede que en las situaciones de emergencias en análisis, los casos se plantean fuera de la norma y sus posibilidades; son no previstos. Se trata, en definitiva, del debate sobre la posible reglamentación de lo no reglamentable.

La Corte Suprema siempre ha sido muy cuidadosa, más aún en los períodos de excepcionalidad, de declarar inconstitucional una legislación de emergencia; más bien ha declarado inconstitucionales, como se verá a continuación, los instrumentos dictados a partir de dichas leyes de emergencia, es decir, algunos decretos de necesidad y urgencia (DNU).

El tribunal supremo siempre se ha restringido respecto de analizar las razones de mérito, oportunidad o conveniencia evaluadas por el Congreso, y no ha declarado inconstitucionales las leyes de emergencia, mientras que sí lo ha hecho respecto de evaluaciones de mérito, oportunidad y conveniencia realizadas por el Poder Ejecutivo.

Dicha postura resulta conveniente y prudente, en cuanto al mantenimiento y funcionamiento del equilibrio de poderes, pero además resulta práctica puesto que la ley establece conceptos, valores, principios generales, debiendo ejecutar dichas prescripciones el Ejecutivo, con el componente técnico e inmediato que caracteriza a esa rama del gobierno.

Decretos de Necesidad y Urgencia

Con relación específicamente al presente estudio, analizaremos la doctrina de la Corte Suprema respecto de las leyes de emergencia, y del principal instrumento utilizado en las emergencias, el DNU.

Previo a la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema dicta el fallo “Peralta” (LL 1991-C 158), donde convalida la constitucionalidad de la conversión de deuda bancaria en bonos públicos (el antes mencionado Plan Bonex).

Allí, el tribunal fijó las condiciones de legalidad para dicho instrumento legal:

1. Una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma del Estado.
2. La razonabilidad de las medidas dispuestas en cuanto a relación de medios a fines, razonabilidad temporal e inexistencia de medios alternativos.
3. La convalidación del Congreso expresa o tácita.

En el año 1994 se realiza la ya conocida reforma parcial de la Constitución, que incluye la posibilidad de dictar reglamentos de necesidad y urgencia (Art. 99, inc. 3º), hasta entonces no contemplados constitucionalmente.

El Tribunal Supremo, en el año 1995, dicta la sentencia “Video Club Dreams” (LL 1995-D, 243), con distinta composición pero prácticamente la misma mayoría de Peralta, ratifica la doctrina de este último fallo, pero reivindica la posibilidad de dicho órgano de realizar un análisis de fondo, material, al respecto, declarando inconstitucional en este caso el DNU dictado por el Ejecutivo.

En 1997 la Corte dicta el fallo “Rodríguez” (LL 1997-F, 879), el cual modifica nuevamente la opinión del tribunal, ya que sostiene que es el Congreso a quien la Constitución otorga una intervención excluyente en el proceso de control de los DNU, pero que ante un caso concreto la Corte puede intervenir. El control que realice esta última deberá ser solo de carácter adjetivo, es decir, procedimental, lo que en cierta medida viene a cambiar lo sostenido en “Video Club Dreams”. También dice el tribunal que ante la ausencia de ley reglamentaria del procedimiento de DNU, la facultad presidencial de dictarlos se mantiene vigente, debiendo el propio Congreso arbitrar los medios para que su actuar sea llevado a cabo.

En el año 1999, con una composición similar, pero con distinto armado de mayoría, el Tribunal Supremo dicta el fallo “Verrocchi” (LL 2000-A, 85), donde se declara inconstitucional un DNU emitido en el año 1996, respecto de un tema de asignaciones familiares. Allí la Corte fija un nuevo estándar respecto de la posibilidad del dictado de DNU, y que consiste en el control de requisitos formales y materiales:

1. El dictado de DNU se enmarca dentro del sistema republicano, y su control por parte del Poder Judicial no altera el equilibrio.
2. Se requiere un real estado de necesidad, que consiste en la imposibilidad del Congreso de dictar normas, por ejemplo, en los casos de contiendas bélicas o desastres naturales que impidan a los legisladores cumplir su tarea, o que la situación suponga una urgencia que deba ser solucionada inmediatamente.
3. No se admiten razones de mera conveniencia.
4. Debe estar amplia y profundamente motivada.
5. No pueden aniquilar el derecho reconocido en una norma.

En el caso “Smith”, del año 2002, la Corte declaró la inconstitucionalidad del llamado corralito financiero establecido por el DNUN° 1.570/2001, fundamentándose en la afectación del derecho de propiedad y en la profusión de normas que han generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre. Cabe mencionar, también, entre las inconstitucionalidades declaradas por la Corte, la invocación como fundamentos en el DNU de fuentes legales diversas y opuestas, tales como las del Artículo 99, incisos 1°, 2° y 3°.

Un nuevo cambio de jurisprudencia se da en el caso “Bustos”, del año 2004, que declara la constitucionalidad del DNUN° 1.570/2001 y de toda la normativa de la emergencia, sosteniendo que, en el caso, el actor no demostró que la pesificación asimétrica le haya producido efectivamente un daño. Cabe mencionar que la composición de este tribunal al momento de dictarse el fallo había cambiado casi en su totalidad.

En diciembre de 2006, la Corte, en fallo por unanimidad, aunque con fundamentaciones particulares, ratifica la doctrina del fallo “Bustos” respecto de la constitucionalidad del bloque legal de la emergencia compuesto por la Ley N° 25.561, el DNU N° 1.570/2001 y el DNUN° 214/2002. El caso se refiere también a una apropiación de depósitos bancarios. Sin perjuicio de lo decidido, la Corte realiza una encendida defensa del derecho de propiedad, al que no encuentra vulnerado conforme las particularidades del caso, ya que el monto a cobrar por el damnificado resulta muy cercano al afectado por el de la apropiación de los depósitos²⁷.

La Ley N° 26.122 reglamentó la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, los de delegación legislativa y los de promulgación parcial de leyes. Se prevé, allí, el funcionamiento de una comisión bicameral permanente compuesta por ocho diputados y ocho senadores, que se constituye “respetando la proporción de las representaciones políticas”. Por sus características y excepcionalidad, la bicameral es la única comisión del Congreso que continúa en funcionamiento aun cuando éste se encuentre en receso. Para sesionar necesita la presencia de la mitad más uno de sus miembros.

La comisión debe expedirse sobre la validez de un DNU y elevar el dictamen a cada Cámara. No puede rechazarlo o aprobarlo de manera parcial. Si el DNU no es remitido al Congreso en diez días, la bicameral puede tratarlo de oficio. La ley dice que una vez emitido el dictamen de comisión, las cámaras lo tratarán “de inmediato”, pero el hecho de que no se determinen plazos concretos habilita al Senado y a Diputados a tomarse su tiempo para hacerlo, o directamente no tratarlo. Para que un DNU sea descartado, ambas cámaras del Congreso deben rechazarlo.

²⁷ Cabe recordar que durante la ley de convertibilidad un peso equivalía a un dólar, luego de la derogación el valor del dólar varió casi llegando a los cuatro (4) pesos durante el año 2002, y se estabilizó en los 2,90 hacia 2003. La fórmula que aprueba la Corte, para devolver a los depositantes, es de 1,40 pesos, más la tasa CER, más un 4 % de interés anual. Lo que da aproximadamente 2,80 pesos.

La más reciente jurisprudencia, vigente a la fecha, es la de “Consumidores Argentinos”²⁸, consolidada por “Asociación Argentina de Compañías de Seguros”²⁹.

El fallo “Consumidores Argentinos”, rector en materia de DNU toda vez que la CS establece el carácter excepcional y estricto de tales herramientas, toma esta idea de una interpretación voluntarista de los constituyentes, quienes buscaron poner un límite a la extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte del Poder Ejecutivo, robustecer el sistema republicano democrático mediante la modernización y el fortalecimiento del Congreso y, en consecuencia, vigorizar los mecanismos de control; todo ello, directamente relacionado con la finalidad de preservar el equilibrio de poderes. Por otro lado, ratifica la competencia del Poder Judicial para examinar los presupuestos materiales y formales que habilitan el dictado de estos instrumentos. La Corte sostiene que de la interpretación armónica de las cláusulas constitucionales y de los propósitos de la Convención Constituyente surge en forma manifiesta que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace únicamente en condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales; en esta tesitura remarcó que el texto constitucional no habilita al órgano ejecutivo a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto. En efecto: para el ejercicio válido de esta facultad de excepción se exige: a) que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos; b) la debida consideración por parte del Poder Legislativo; c) la existencia un estado de necesidad y urgencia. Sobre el punto, la Corte definió que un estado de “necesidad y urgencia” –control que asume como facultad exclusiva– significa, al menos: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, fundado en circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

El fallo “Asociación Argentina de Compañías de Seguros” plantea la máxima restricción en su uso, sometiéndolos siempre a una suerte de control judicial, ya que es atribución de la CSJN evaluar, en cada caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

F. La emergencia permanente

El uso abusivo de la invocación de la emergencia como sustento de la excepcionalidad en la producción normativa de la república resulta altamente perjudicial para el equilibrio democrático. Pero en los casos de emergencia y excepcionalidad palmaria, como sería el caso de la pandemia COVID-19, no caben dudas de que constituye la única posibilidad de resguardo de la comunidad.

²⁸ CS. “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN- Decreto N° 558/2002 – Ley N° 2.0091 s/ amparo”. *Fallos*: 333:633 (2015).

²⁹ CS. “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ EN - PEN s/ nulidad del acto administrativo”. *Fallos*: 338:1048 (2015).

En ese sentido, no se puede cuestionar la invocación de la emergencia en los momentos en los que realmente se da, puesto que sería absurdo intentar la política y la administración en épocas de absoluta excepcionalidad, con normas previstas para la normalidad.

La historia política y jurídica del país nos obliga a ser cuidadosos, pues desafortunadamente el criterio en distintos momentos históricos ha sido el opuesto, ya que se han invocado algunas veces emergencias inexistentes. Dichos excesos solo se explican por la voracidad en la búsqueda y acumulación de poder, ocasionando dicha conducta un bienestar para unos pocos.

En ese sentido, en algunos casos las crisis económicas o sociales que las declaraciones de dichas emergencias venían a solucionar, no se han solucionado, dando lugar, la excepcionalidad, solo a la inmediata y momentánea superación de la urgencia, mientras que los problemas de fondo continúan arraigados en lo profundo y sin solución. De ese modo, mientras el poder político se ensancha, el capitalismo prebendario se intensifica.

La jurisprudencia ha tenido al respecto una conducta esquizofrénica, produciendo en algunos casos fallos realmente ejemplares y, en otros casos, meras adhesiones al diseño del político o economista de turno.

La pregunta planteada desde el comienzo, respecto de la conveniencia y corrección de legislar sobre la emergencia y la excepcionalidad, debe ser contestada a partir de nuestra experiencia histórica y constitucional.

La excepcionalidad constitucional tiene que evaluarse con estándares muy rígidos, precisos y permanentes, debiendo los jueces actuar con la valentía que les corresponde en la defensa de un orden constitucional equilibrado, que defienda la dignidad humana.

Spota señalaba que “la emergencia que puede legítimamente pretender ser oída y atendida es aquella que lo es de la sociedad, [...] no la que puede haberse producido por acción u omisión, por error, por incapacidad o por mala fe de quienes gobiernan, [...] una cosa es la emergencia de la sociedad y otra muy distinta la de los que mandan”³⁰.

IV. PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

Se han analizado a lo largo del presente artículo los requerimientos que supone el Estado constitucional de Derecho en estas épocas. Por otra parte, se ha analizado cómo nuestro país no ha sido en algunos momentos históricos estrictamente respetuoso de ese tipo de estado jurídico, en razón de las sucesivas y cíclicas crisis económicas que derivaron en una emergencia continua.

La crisis mundial generada a partir de la pandemia del COVID-19 dio lugar a una emergencia sanitaria en nuestro país, similar a la del resto de los países en el mundo. A esta debemos sumar un agravamiento de la crisis económica ya existente, generada por el aislamiento obligatorio y la detención de actividades que el mismo supuso. La situación descrita, que estamos viviendo en tiempo real, va a generar, posiblemente, no sólo un cambio de paradigmas políticos, sino también una implosión de la manera de estar en el mundo.

³⁰ Spota, Alberto, “La división de poderes en la emergencia”, *LL*, 1992-A, p. 706.

Las posibilidades que se abren a partir de estas crisis son inmensas. Desde hace tiempo, se viene sosteniendo que ni el sistema político ni el sistema económico son respetuosos de la esencia de la democracia y del Estado constitucional de Derecho. La desigualdad económica, los sectores de poder no formalizados en la estructura constitucional y política, así como la escasa participación ciudadana han generado un ombliguismo de ciertos sectores políticos y económicos, que ha dado lugar a un descreimiento y agotamiento de amplísimos sectores de la población.

Cuando en 1668, luego de la paz de Westfalia, se comenzaron a conformar y desarrollar los Estados nacionales, se celebró el fin de las guerras de religión y de las luchas irracionales entre la nobleza. Faltarían más de cien años para que en esos Estados nacionales la soberanía del pueblo reemplace a la soberanía del monarca. Todo cambio histórico genera expectativas, quizás entonces esta crisis pueda servir para recuperar nuestra alicaída democracia, y fortalecer nuestro Estado constitucional de Derecho.

La democracia nos da la capacidad de transformar nuestra sociedad a partir del debate, la legalidad, el manejo del conflicto de manera institucionalizada y la representación política.

Un efectivo funcionamiento de la democracia implica que todos los sectores de la población puedan ejercer efectivamente los derechos que el Estado constitucional garantiza. Lograr una plena vigencia del Estado constitucional de Derecho significa el funcionamiento pleno de los tres poderes del Estado, con su grado de discusión y diálogo democrático, así como una plena vigencia para todos los habitantes de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Nacional.

También esta pandemia ha demostrado que el futuro de los sistemas políticos va a pasar por el manejo y uso de la información particular de los ciudadanos. De un uso limitado, razonable y confidencial de esa información, depende también el sutil avance del poder en sus distintas formas sobre la libertad. Los países asiáticos, en sus variantes autoritarias y democráticas, han mostrado un manejo amplio de la tecnología por parte del Estado. Esta variante les ha permitido una gestión eficiente del manejo de la información de las personas infectadas. Esta situación a algunos les parecerá lo más cercano a las distopías que han popularizado la literatura, las películas y algunos regímenes políticos del siglo XIX. Sin embargo, no es muy distinta a la situación en los países occidentales, donde toda esta información de los particulares es manejada por el mercado, a través de los sitios de internet, de las empresas de comunicación y de los misteriosos algoritmos que hoy gobiernan gran parte de nuestra vida.

Por otro lado, como un cumplimiento de las peores pesadillas de Foucault, el desarrollo de biopolítica³¹ no sólo se ha establecido en muchos casos como el factor determinante para la toma de decisiones políticas de los gobiernos, sino que también se constituye como el elemento necesario para el diseño de las políticas públicas en el futuro.

³¹ Foucault desarrolló esta forma de ver los sistemas políticos: partir de la observación de los gobiernos manejando no ya la muerte de los súbditos, sino la vida de los ciudadanos. Sus desarrollos en salud, sus aspectos biológicos, el manejo de la vida orgánica, de la biología humana.

A partir de una efectiva democracia de acceso universal a beneficios, de un ejercicio limitado y coordinado de los órganos de gobierno, de un restringido y razonable uso de nuestra información particular, como así también una transparente gestión de la biopolítica, es como vamos a lograr proteger nuestra libertad (Estado constitucional de Derecho), tanto de los gobiernos estaduales, de los desastres naturales, como así también del mercado. Volvemos entonces a la profesión de fe de la cultura del equilibrio.

La clave para la defensa de nuestros derechos particulares debe buscarse en aquello que Gargarella³² denomina: “La sala de máquinas de nuestra constitución”. Es allí donde debemos cuidar que el poder reglamente y eventualmente restrinja nuestros derechos de manera razonable, como así también pueda gestionar los distintos tipos de crisis.

Es allí también donde a partir del diálogo político se puede lograr el ejercicio de un poder dinámico que permita ya no el *check and balance*³³ tradicional, sino una instancia de diálogo amplio, no solo entre los órganos de gobierno, sino también con los demás actores de la democracia.

En el futuro, afortunadamente las mayorías de las decisiones políticas deberán tener también un sólido fundamento científico, puesto que la crisis de esta pandemia ha demostrado lo necesario de esta práctica. Sin caer en un positivismo del que ya hemos aprendido su carácter ilusorio, la metodología de conjeturas y refutaciones³⁴ permite un proceso dialéctico en la toma de decisiones, que demuestran la eficacia del diálogo político.

Respecto de estas exigencias de la democracia actual, me permito mencionar algunos casos recientes que considero positivos:

- Funcionamiento con ciertas restricciones y decisiones polémicas, pero funcionamiento al fin, de las distintas instancias del Poder Judicial.

- También, luego de idas y venidas respecto de la modalidad a usarse, el Congreso con sus dos Cámaras ha funcionado. Incluso, con un exceso de pudor de una de esas Cámaras, consultando a la Corte de Justicia, respecto de la modalidad a utilizar.

- La inicial decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de llevar a cabo un aislamiento más intenso de los mayores adultos. Dicha medida, luego de un intenso debate de la sociedad, con argumentos no solo científicos, sino también psicológicos, emocionales y humanitarios, fue revisada en un sentido igualmente tuitivo, pero más razonable.

³² Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la constitución*, Buenos Aires, Editorial Katz, 2015.

³³ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 2ª edición del Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 221, en referencia al ejercicio aislado de las funciones de gobierno, se postula “[...] un sistema de balances y controles recíprocos entre los poderes públicos, introduciendo dentro del mecanismo de gobierno variaciones en el método de elección, en sus atribuciones y en su duración; creando así intereses y perspectivas separadas”.

³⁴ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones, el desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1991, explica que el criterio metodológico adecuado que permite el avance correcto de las ciencias, es plantear una idea que se transforma en una conjetura, puesto que una nueva refutación creará, a su vez, una nueva conjetura. De ese modo, no hay verdades establecidas, sino que la ciencia avanza con un criterio abierto.

- El reconocimiento del gobierno federal para que la salida del aislamiento se lleve a cabo de manera descentralizada, respetando las autonomías provinciales, y en base al análisis que cada una de las jurisdicciones realice de la situación sanitaria en su territorio. En ese sentido, ha sido respetuosa del federalismo la política de consultar antes de cada extensión del aislamiento a los gobernadores de provincia. En los casos de emergencia económica citados en el punto II del presente artículo, a través de los instrumentos legales utilizados, se alteró gravemente el principio general del federalismo, cual es la división horizontal del poder, o distribución territorial del mismo. Dicha alteración se dio por la acumulación de competencias dadas al Poder Ejecutivo Nacional en detrimento de las competencias de las provincias, originando, tal decisión, la proliferación de normas y conductas inapropiadas para un gran sector de la población del país, ya que al ser tomadas solo teniéndose en cuenta el ambiente del microcentro capitalino se desconocieron las distintas realidades del territorio nacional a la vez que elementales principios constitucionales.

V. CONCLUSIONES

Hemos intentado, en el presente trabajo, estudiar algunos estándares que permitan dominar el monstruo, cuando se le debe abrir la jaula. En estas épocas, donde el mundo se ha tornado en “una maldad insolente”, en un verdadero cambalache, pocos no comprenden el instituto de la emergencia o de la excepcionalidad. El problema es aquellos que medran con este instituto para beneficio personal, y no para la superación de graves problemas.

Pareciera que la emergencia sanitaria no ha instalado un verdadero régimen de excepcionalidad, sino un importante aislamiento que protege a todos por igual. Con la particularidad de que lo que se evita no es un quebranto económico, sino la muerte. Sí habrá que poner un especial cuidado y atención para los eventuales casos de violencia institucional y familiar que estas medidas traigan como una consecuencia no deseada.

Esto supone un Estado muy presente, por lo cual habrá que reglamentar y someter a procedimientos transparentes su futuro actuar. Mucho de ese Estado se va a precisar para levantar la economía, esa promoción e intervención para recrear el mercado. Pero un mercado anclado en la dignidad del hombre, y no en su cosificación.

Me esperanza la posibilidad de que este impresionante cachetazo a las miserias del capitalismo y la globalización permita corregir tantas desviaciones del sistema que instaló como algo natural la cultura del descarte. Siempre estamos a tiempo para reencauzar los sistemas en beneficio del hombre, de su dignidad, de su libertad, de sus derechos, y de la igualdad y fraternidad.

LEY Y EMERGENCIA. PRINCIPIO Y CONTINGENCIA

RODOLFO C. BARRA

“Es cierto, la palabra ‘peste’ ha sido pronunciada, y también, en este mismo momento, una o dos víctimas han sido atrapadas y abatidas por la enfermedad. Sin embargo, esta podría terminar, o ser derrotada. Reconocer lo que tendría que ser reconocido es sólo una cuestión de lucidez; disipar las sombras extrañas, y hacer lo que es necesario que sea hecho”.
(Albert Camus, *La Peste*).

Nunca es equivocado encarar las nuevas circunstancias recurriendo, además de a soluciones actuales, a viejos –o mejor, *clásicos*– principios. No siempre resultarán de total utilidad, pero generalmente suelen iluminar el camino, guiar la acción a desarrollar: en definitiva, esa es la función de los principios: inspirar, iluminar, guiar.

Recordar algunos principios relativos a *la ley* (en sentido lato, es decir, toda norma jurídica, sin importar su fuente orgánica) y a *los derechos* puede ser útil en estos momentos de emergencia. Claro que los argentinos tenemos un gran ejercicio en la materia, aunque todo parece indicar que esta será la crisis más grave, profunda, arrolladora, que hemos conocido en la historia. Por esto es bueno volver a reflexionar sobre el tema.

Gran parte de las ideas que expondré a lo largo de este trabajo ya las he desarrollado en diferentes publicaciones. Quizás haya aquí algún aporte nuevo, o resulte útil la manera de presentarlo. Lo cierto es que arriesgo caer en falta de originalidad, pero no todos los que lean estos párrafos habrán leído mis libros¹, mientras que los que pasaron por esa

¹ Sobre el particular, desde mi *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1978, hasta el *Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Rap-Astrea, 2108, pasando por el *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

especial experiencia (la calificación valorativa la dejo al lector) además de ser pocos, han demostrado ya una gran generosidad para conmigo. Quizás quieran repetirla (la experiencia y la generosidad) a cambio de recibir un envase algo nuevo para un viejo (clásico en sus fuentes) producto.

I. LOS DERECHOS

Podemos aproximarnos a una definición muy sencilla del derecho personal o subjetivo (por oposición al derecho entendido como norma: el ordenamiento normativo) diciendo que es, simplemente, *lo debido al otro*. El derecho es el objeto de la virtud de la justicia, precisamente, el hábito que nos impulsa a dar al otro lo debido –el “derecho del otro”– hasta su completa cancelación.

Claro que la pregunta inmediata es: ¿cómo identificamos lo debido? Aquí aparece la noción de “título”, es decir, la fuente del “derecho del otro”, y de nuestra obligación a cancelarlo o satisfacerlo.

El primer título, el más amplio en una sociedad libre con economía de mercado, es el que resulta del acuerdo voluntario entre partes. En este acuerdo se establecerán las prestaciones recíprocas y sus modalidades de cumplimiento, como también las consecuencias del incumplimiento. El “derecho del otro” es lo que el título determina.

Se tratan aquéllas de relaciones jurídicas (que son también relaciones de justicia) voluntarias, convencionales, distributivas o conmutativas (no interesa ahora mayor precisión), donde la más importante es la que resulta del contrato o convención de objeto patrimonial. Estas relaciones jurídicas, y la ley que las “soporta” (luego precisaremos), son *título* del “derecho del otro”.

Luego se encuentran las relaciones jurídicas que nacen no de la voluntad de las partes sino directamente de la ley, y del hecho que esta considera como hipótesis (filiación, hecho ilícito, etc.). En cualquier caso, el *título* se encuentra exclusivamente en la ley, sin la participación de la voluntad de las partes.

Notemos que este título, aunque proceda de la voluntad de sólo un sujeto, generará siempre un derecho que se posee en “alteridad”, frente a otro, normalmente en una relación de prestación y contraprestación, incluso con relación a un “otro consecuencial”, como “consecuencia” del “poder jurídico” que un sujeto ejerce sobre una cosa (como derecho a persecución o preferencia de la cosa con respecto a un “otro”, arg. Art. 1882 y sigs., Código Civil y Comercial, CCC). Desde esta perspectiva, los derechos son siempre comunitarios: no hay derecho si no hay otro, lo que también indica que no hay derecho sin un deber hacia el “otro” concreto o, siquiera potencial, con relación al “otro” comunitario.

Por otra parte, hay que advertir que no se posee, en abstracto, ningún “derecho”, sino que uno es titular de un “*derecho-a*”, a que me den tal cosa, a que hagan esto en mi favor o me dejen hacer aquello. Si el derecho es lo debido, nadie debe en abstracto, como principio, sino que se deben bienes o conductas concretas a un sujeto concreto. De la misma manera, este sujeto debe sólo bienes o conductas concretas a otro sujeto concreto;

es así como derechos y obligaciones ingresan al patrimonio de las personas humanas o jurídicas.

Pero antes de continuar con el razonamiento anterior, deberemos considerar a otro tipo de derechos, cuyo título tiene una particularidad y significación especiales.

II. EL TÍTULO SUPERLATIVO

Las relaciones jurídicas que podría entablar un sujeto se verían muy limitadas si él, por ejemplo, no pudiese poseer bienes en propiedad, o si no pudiese circular más allá del ámbito de una determinada ciudad, o si sólo pudiese contratar con los de su raza, o, mucho peor, si estuviese por cumplir con una sentencia de muerte.

Así, entonces, para poder exigir y cumplir con lo debido (con lo que *me es* debido por el otro y con lo que *le es* debido al otro) es necesario contar con una base, un título fundamental que genera un “debido fundamental” para luego ser consolidado en un “debido de ejercicio concreto”².

Tal “debido fundamental”, o “derecho fundamental” es lo que debe la comunidad política (el “ordenamiento jurídico”³, también “Estado” o “Gobierno”, como conductor del ordenamiento) a cada uno de sus miembros concretos⁴. Es lo que *el Estado debe a sus miembros* y a todos aquellos que estén sometidos, siquiera accidentalmente, a su jurisdicción, lo que estos pueden reclamarle como un derecho propio. Así, por ejemplo, el *derecho a la propiedad*, trabajar, comerciar, participar del proceso político, etc.

¿Cuál es el título? El título se encuentra en la propia dignidad humana. Lo identificó con excelencia Juan Pablo II en la encíclica *Centesimus annus* (nº 34): aquello “que *es debido al hombre porque es hombre*, en virtud de su eminente dignidad” (destacado en el original).

Veamos. “Lo debido al hombre”, esto es, el derecho del hombre, “porque es hombre”, por su propia humanidad, condición que, en sí misma y sin otro aditamento genera, en todo ser humano, una “eminente dignidad”. Es una “dignidad”, aquello que es merecido (debido) en razón del valor de quien la porta, el valor que resulta de la humanidad. Es eminente, es decir, sobresaliente, de mayor altura, por sobre todas las otras dignidades, suprema. La humanidad (ser un humano, poseer ADN humano) es también un título jurídico supremo que obliga primero a la comunidad política, y también a todos los otros sujetos. Pero fundamentalmente a la comunidad política que es la responsable de cumplirla y hacerla cumplir.

² Recordemos siempre que el derecho es lo debido en alteridad.

³ Utilizamos los términos “ordenamiento jurídico” siguiendo a Romano, Santi en *L'Ordinamento Giuridico*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1945, con las precisiones que hemos hecho en Barra, Rodolfo C., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, T. I, Cap. 1.

⁴ A todos y cada uno, sin exclusiones, ya que la discriminación arbitraria, tanto personal como por colectivos, sería una contradicción ontológica con el mismo sistema.

Esta idea tiene una larga tradición y es propia de nuestra cultura judeo-greco-cristiana. Fue expresada en el Génesis, en el inicio y razón de todas las cosas, considerada por los filósofos clásicos, recibida por los pensadores musulmanes, llevada a su excelencia en los filósofos escolásticos y neo escolásticos, y, en definitiva, receptada por el iluminismo e individualismo modernos.

Así, en el inicio del “constitucionalismo”, tanto en la Declaración de la Independencia estadounidense de 1776, como en la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, de 1789, se afirma, como “verdad evidente por sí misma”, que todos los hombres han sido dotados por el Creador “de ciertos derechos inalienables” (Declaración de la Independencia), a los que la Declaración francesa identifica también como “naturales, inalienables y sagrados”, además de “imprescriptibles”.

Ambos documentos afirman que los gobiernos existen para garantizar estos derechos, lo que además de ser un anticipo fundamental del *principio de subsidiariedad*, identifica a los sujetos de estas relaciones jurídicas básicas, de sostén de todo el edificio jurídico: uno el hombre, sólo por su condición de humanidad, y el otro el gobierno a cuya jurisdicción ese hombre se encuentra alcanzado. En estas condiciones aquellos derechos fundamentales dejan de ser abstractos: son vigentes siempre, y exigibles apenas se los viole o “aliene” o lesione o disminuya de alguna manera capaz de producir daño.

Los gobiernos deben asegurar estos derechos en la máxima medida posible: 1) con un marco jurídico adecuado (la ley), como soporte mismo del ordenamiento jurídico; 2) con prestaciones concretas en situaciones concretas, como la seguridad pública, la sanidad, la atención a las carencias de bienes mínimos y vitales, etc.

Como es sabido, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial en adelante, las organizaciones internacionales y regionales han producido actos con contenido normativo, especialmente en materia de “derechos humanos”⁵, donde se expresan los principios que acabamos de enunciar.

III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. LA LEY PARTICULAR

Los “derechos humanos” se ejercen de dos maneras: 1) frente al Estado, cuando éste no los asegura debidamente, en el caso en que sea el mismo Estado el obligado a la prestación (por ej., negativa de atención en un hospital público); 2) frente a otros iguales, en las relaciones jurídicas voluntarias o no voluntarias.

En cualquiera de los dos casos la realización concreta de los derechos se deberá ajustar a la ley que regule tal ejercicio, como lo dispuso con gran acierto el constituyente argentino en el Artículo 14 de la Constitución de 1853, aún vigente⁶.

⁵ En la Argentina muchos de ellos tienen jerarquía constitucional, conforme con el sistema establecido en el Art. 75.22, de la Constitución Nacional.

⁶ “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...]” (sigue un elenco de derechos).

Ahora bien, en una sociedad libre existen dos tipos de “leyes” (normas jurídicas): las de creación particular (por las partes en la relación jurídica), y las de creación pública, gubernamental. Con relación a los sujetos que ejercen el derecho, las primeras son “autónomas”, mientras que las segundas son “heterónomas”.

Las “leyes” autónomas, o también “particulares” en el sentido que rigen para las partes, son creadas en las convenciones⁷, patrimoniales o no. En estas convenciones las partes regulan sus derechos, conforme lo previsto en el Artículo 14 de la Constitución.

Por ejemplo, Juan regula su derecho a transitar en el contrato de transporte que celebra con Pedro (empresa de transporte) quien, en el mismo contrato, regula su derecho a ejercer industria lícita, pero ambos para su caso concreto (aunque con una regulación igual o semejante a un número indefinido de otros casos –lo que podemos denominar “mercado”– y sin perjuicio de lo dispuesto en la “ley heterónoma”). El valor normativo del contrato estaba muy bien definido en el Artículo 1197 del viejo Código Civil argentino: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. El nuevo Código Civil y Comercial mantiene la misma idea cuando, en el Artículo 957, define: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. A nuestros efectos, la claridad del texto ahorra cualquier comentario.

Así entonces, resulta imposible ejercer cualquier derecho sin regularlo (“autorregularlo”) al mismo tiempo. Además, *toda regulación supone alguna limitación*, porque cada parte debe también conformarse al bien pretendido por la otra, hasta que ambas pretensiones se “ajusten” recíprocamente, en una igualdad definida, fundamentalmente, por el concurso de ambas voluntades. Estas limitaciones voluntarias, en la medida que cumplan con el Artículo 19 *in fine* de la Constitución –“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”– serán válidas, ya que se suponen establecidas libremente en persecución del propio interés del sujeto.

Claro que hay derechos que se ejercen, digamos, automáticamente. El ejercicio del derecho a la libre expresión no admite regulación legal previa y también, en ciertos casos, sería inválida la regulación contractual (Juan contrata publicidad en un medio a cambio de crítica positiva).

Pero el ejemplo más claro, y de total singularidad, es la vida: el derecho a la vida (Art. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH) no admite regulación ni limitación alguna. Su obligado es el Estado, aunque estrictamente carece de contraprestación, si bien podría sostenerse que la contraprestación es la obligación del individuo al respeto y protección, en la medida de sus posibilidades razonables, de la vida de cualquier otro individuo.

⁷ Los actos jurídicos unilaterales, como el testamento o la donación, son excepciones autorizadas por la ley (heterónoma), aunque sus efectos jurídicos no dejan de requerir el acuerdo voluntario del sujeto beneficiado por el acto. Los hechos jurídicos, por su parte, producen los efectos creados por las leyes, también heterónomas.

IV. LA LEY HETERÓNOMA

La “ley” mencionada en el Artículo 14 de nuestra Constitución es la que hemos denominado “heterónoma”, esto es, la norma proveniente del “centro de poder del ordenamiento jurídico”⁸, cualquiera sea su órgano de producción válida. Tomás de Aquino la había definido como “una prescripción de la razón, en vista del bien común, y promulgada por quien tiene el gobierno de la comunidad”.

La ley (conforme con el Aquinate, reservemos ahora este nombre para la norma heterónoma, pública) es como el sostén del ordenamiento, su “providencia” tomando por analogía el sentido teológico del término. Sin la ley, el ordenamiento desaparece. En definitiva, en lo que aquí nos importa, las convenciones particulares (las normas autónomas) caerían en el vacío si no fuese por lo que se llama el “marco jurídico”: el mercado existe porque existe una regulación sobre los contratos, una previsión sobre los efectos del incumplimiento, un sistema judicial (regulado por la ley) para forzar la realización del “dar a cada uno lo suyo”, propio de la relación de justicia que es también relación jurídica.

Pero la ley también sostiene la vida del ordenamiento no solo por presencia (como en el caso anterior) sino *por imposición*, cuando *manda* o *prohíbe* (Art. 19, CN); es decir, cuando *impone, en su regulación, límites imperativos a ciertas modalidades del ejercicio de los derechos*. Esta es la ley normalmente denominada “de orden público”, que incide de manera imperativa sobre aspectos (los que ella determina) de la relación jurídica.

Se trata de la preeminencia del bien común sobre el bien particular, aunque en definitiva sea en, precisamente, beneficio del bien de cada individuo. La filosofía aristotélico-tomista consideraba a éste como un fenómeno propio de la denominada “justicia general, legal o del bien común”, esto es, la que obliga a orientar todas nuestras acciones al bien común. Desde esta perspectiva, ninguna acción (jurídica o no) será virtuosa si no es conforme con el bien común, al que nos inclinamos, habitualmente, de manera espontánea. Por esto es “justicia del bien común”, y es “legal” porque la “medida” de nuestra obligación con el bien común la establece la ley, mientras que es “general” porque, cabe repetir, incide sobre todas nuestras acciones (no sólo las relaciones jurídicas) como el sol sobre todo lo creado, decía, con algo de poeta, Tomás de Aquino.

En el plano de las relaciones jurídicas la ley (medida de la justicia general) se hace presente de dos maneras: *dispositiva* o *imperativa*. La primera es la más frecuente, y actúa en subsidio de la voluntad de las partes, que pueden aplicarla o no, a plena voluntad. Incluso el mismo sistema gubernamental de garantías judiciales sobre el cumplimiento de lo pactado es subsidiario (aunque no puede ser totalmente renunciado de antemano), salvo en lo que se trate de protección de personas menores de edad y personas con discapacidad intelectual o mental. La segunda, la imperativa, es excepcional y de interpretación restrictiva. Aquí lo que la ley manda o prohíbe, en razón del bien común, no puede ser materia de opción, de morigeración, de renuncia.

⁸ Ver Barra, *Derecho Administrativo, op. cit.*, Cap. Primero.

El CCC es muy claro en el punto. Después de afirmar el efecto normativo particular del contrato en sus Artículos 957 (ya visto) y 959: “*Efecto vinculante*. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé”, enuncia el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 958): “*Libertad de contratación*. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. La ley antes mencionada es la *imperativa*, sin perjuicio de que la regla general prescriba que las leyes son dispositivas (Art. 962): “*Carácter de las normas legales*. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias a la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”. Finalmente, los Artículos 963 y 964 establecen el orden de prelación de las normas: primero, las normas imperativas; segundo, las normas del contrato; por último, las normas supletorias, disponibles por las partes.

V. LAS LEYES INDISPONIBLES

En todas las ramas del sector normativo del ordenamiento jurídico es posible encontrar leyes (heterónomas) indisponibles. En algunas de aquellas ramas la totalidad de las normas que la integran es, por su propia naturaleza, indisponible, como ocurre en materia penal o tributaria (salvo excepciones).

Dejando aparte lo señalado arriba, podemos intentar una clasificación de las normas indisponibles según sus efectos, partiendo de un principio general: la contradicción con las normas indisponibles incide ya sea sobre la validez del acto jurídico (sobre la misma relación jurídica, total o parcialmente) y/o sobre las consecuencias del hecho jurídico (una sanción contra el autor del hecho).

El Artículo 257 del CCC establece: “El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas”. Una infracción de tránsito es un hecho jurídico que hace nacer una relación jurídica con la Administración, generando en ella el derecho de percibir del infractor una multa, a la vez que la obligación de respetar el debido proceso y la no discriminación, en favor del infractor. Desde la perspectiva del infractor, aquella relación jurídica es título del derecho de éste a ser sometido al proceso de ley y de su obligación de pagar la multa. Naturalmente, en el ejemplo, el hecho jurídico es consecuencia del tratamiento que la norma otorga al acto voluntario realizado por el infractor en las condiciones previstas en el Artículo 260, CCC, y también, en ocasiones, de su actuación involuntaria (Art. 261).

En ciertos casos no se permitirá la consumación del acto contradictorio o violatorio, y así es que, por ejemplo, el oficial público deberá negarse a celebrar y registrar un matrimonio civil ante la evidencia (por resultar de los mismos registros públicos) de la existencia de impedimento de ligamen en uno o ambos de los peticionantes; en otras hipótesis, será el juez el que declarará la invalidez *ex tunc* del acto afectado (nulidad absoluta del matrimonio

celebrado con impedimento de ligamen), ya sea de oficio o petición de algún legitimado⁹. Podemos denominar a esta categoría de normas como “de orden público civil” o también “imperativas de derecho privado”.

Otro tipo de normas imperativas no miran tanto a definir un elemento esencial para la validez del acto sino a castigar su mera producción, o la omisión de producirlo. Por ello su característica principal es otorgar competencia a un órgano del Estado a intervenir de oficio, investigando, inspeccionando, comprobando, y, en su caso, frente a un determinado hecho activo u omisivo, imponer una sanción, sin que ello importe necesariamente la invalidez de la relación jurídica con ocasión de la cual la infracción ha sido cometida. Estas son las normas penales y las de “policía” y de “regulación” administrativa¹⁰.

La contravención o falta supone la necesaria invalidez administrativa del acto infractor, ya que de ser válido no sería sancionable, pero no necesariamente la invalidez “civil” de aquél. Esto puede ocurrir en materia regulatoria, donde es posible que la norma persiga desalentar una determinada actividad imponiendo cierto tipo de sanciones (p. ej., pérdida de beneficios) pero sin invalidar la relación jurídica que el infractor, en ejercicio de aquella actividad, pudo haber celebrado con un tercero. En otros casos pueden sumarse la invalidez civil y la sanción administrativa, que hasta podrían vivir vidas separadas. Así, por ejemplo, la infracción laboral, por pago de un salario inferior del mínimo autorizado por la ley, infracción comprobada de oficio por el inspector de policía del trabajo, traerá aparejada una sanción, desde multa a clausura del lugar de trabajo, y también la invalidez del efecto cancelatorio del pago del salario (aunque no la invalidez del contrato de trabajo afectado), sin perjuicio del derecho del empleado a considerarse despedido sin causa y/o a reclamar las diferencias salariales pagadas en menos. Pero el empleado podrá no demandar la diferencia salarial, o al menos no podrá demandar las diferencias ya prescriptas (no hay nulidad absoluta).

VI. LA POLICÍA Y LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVAS

El estudio de los fenómenos jurídicos exige, habitualmente, la identificación de “institutos”, es decir, un cuerpo o conjunto coherente de normas y de jurisprudencia asentada, también de doctrina ya no controvertida, que admiten la interpretación integrativa recíproca y, sobre todo, la elaboración de principios y su aplicación práctica, en un juego, digamos natural, no forzado, de las reglas lógicas de la deducción y de la inducción. La utilidad del

⁹ Ver nuestro *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, T. 2, Cap. XV.

¹⁰ Obviamente no es este el lugar para discutir las similitudes y diferencias entre la materia penal y la de policía administrativa (dejemos por ahora a las normas regulatorias). Baste señalar que las infracciones penales deben ser tipificadas por ley del Congreso (“delito”), prevenidos por la policía de seguridad, perseguidos por el Ministerio Público, juzgados por el Poder Judicial, con su policía judicial o la que la sustituya, mientras que las infracciones administrativas (“contravención”, “infracción”, “falta”) pueden ser tipificadas por norma administrativa (mediando competencia atribuida por la ley), prevenidos y constatados por la policía administrativa (puede colaborar la policía de seguridad), y sancionados por un órgano de la Administración Pública (aunque tenga naturaleza jurisdiccional) mediante acto administrativo, que será recurrible ante el Poder Judicial según lo regulen las leyes procesales.

“instituto” reside en la simplificación del estudio del fenómeno jurídico por él abarcado, la facilidad que otorga a la interpretación de las normas, la adaptación y mejoramiento paulatino de estas, en fin, la evolución científica y la mejor satisfacción de la finalidad insita en toda norma jurídica: la realización del bien común por medio del afianzamiento de la justicia, para utilizar el lenguaje del Preámbulo de nuestra Constitución.

Así se ha desarrollado el ya más que centenario instituto de la “policía administrativa”. En la etapa del “estado liberal abstencionista”¹¹ (hasta el “*new deal*” en USA y la reconstrucción de posguerra en Europa, sin perjuicio de las experiencias fascistas, felizmente fracasadas), la “policía” importaba una especial forma de intervención normativa y de ejecución administrativa (con las características vistas más arriba) en materias de moralidad, seguridad y salubridad públicas, con incidencias excepcionales sobre las actividades económicas, en general por las propias consecuencias de las medidas de policía correspondientes a aquellas tres grandes categorías (por ej., incidencias de medidas de seguridad industrial sobre los costos empresariales).

Luego, por imperio de las circunstancias –por necesidades subsidiarias impuestas por la realidad, y también, en algunos casos, por excesos de ideologismo¹²– el Estado amplió su rango de intervención a través de tres instrumentos principales¹³: la “publicación fuerte”, a través de la expansión del modelo del “estado empresario” (titular de determinados medios de producción: empresas públicas), con grandes efectos económicos y jurídicos; la “publicación intermedia”, a través de la expansión del régimen jurídico del servicio público, especialmente al ser prestado por empresas de propiedad estatal; la “publicación ligera”, a través de la regulación.

Denominar “publicación ligera” a la regulación es, sin duda, una simplificación. Hay regulaciones que importan una publicación más fuerte que la misma estatización de empresas, pero en el texto sólo apuntamos a destacar que, en la lógica del instituto, como en la policía, la regulación sólo incide sobre determinados aspectos de la relación jurídica de derecho privado, sin “publicar” a la misma relación. En cambio, según nuestro criterio, la publicación por estatización de empresas (el término también abarca a las empresas

¹¹ En lo que sigue simplificaré quizás en exceso, pero obligado por la naturaleza meramente expositiva sumaria, de la cuestión tratada en el texto. La simplificación siempre comporta el peligro de caer en la superficialidad del análisis, por lo que pido disculpas al lector.

¹² El ideologismo “negativo”, del temor y el ideologismo “positivo”, de la creencia en las virtudes de la intervención estatal. El primero estaba forzado por el temor del avance comunista soviético (en la guerra fría, temor tanto al avance expansionista soviético como al avance del sistema comunista en sí mismo) que obligaba a un modelo, en líneas generales, “keynesiano” de “estado social” o “estado de bienestar”; el segundo (“ideologismo positivo”), por la sincera aceptación de los principios del socialismo moderado, democrático, incluso, ya hacia el final de la “guerra fría”, del “comunismo sin Moscú” o “eurocomunismo”. Ambas razones se confundían en el sostén y desarrollo del “estado de bienestar”, que no podía sino ser un “estado regulador” en el sentido que veremos en el texto.

¹³ Señalo los que creo interesan más específicamente a los efectos de este artículo. Dejo de lado otros medios de política económica, como la monetaria, la laboral (por su incidencia en la oferta y la demanda y, por ende, en los precios), la tributaria, etc.

estatales desde su origen, es decir, las creadas como estatales) o por calificación de una determinada actividad como servicio público, importan la publicación o sometimiento a un régimen de derecho público de sus relaciones jurídicas esenciales y definitorias. Existiría también una cuarta categoría –¿la podríamos denominar “publicación muy débil”?– que se presenta en el *fomento económico*, es decir, la promoción de la actividad industrial privada. Este, si bien puede alcanzar una gran trascendencia económico-intervencionista, no tendría mayor efecto en las relaciones jurídicas a celebrar por el sujeto fomentado (salvo en lo que hace a la misma relación de fomento). Cuando como consecuencia del fomento, se impone al fomentado una regulación intensa sobre el modo de ejercer su actividad empresaria, estaríamos ya en el instituto de la regulación administrativa, además del fomento en sí mismo.

Surge así, independizado de la “policía”, el *instituto de la regulación administrativa*, de la mano del “estado de bienestar”, que es también un “estado regulador”. ¿Cuál es la característica principal del instituto?

La regulación administrativa importa la creación de normas heterónomas (ya sean legislativas o administrativas) que imponen, por mandato positivo o por mandato prohibitivo, una determinada manera de desarrollar una también determinada actividad, generalmente industrial, pero también de servicios, financiera, etc. La característica de la regulación, para que se mantenga como tal sin convertirse en una estatización solapada (a la manera de la “*creeping expropriation*” en materia de derecho internacional económico¹⁴) consiste en su incidencia *parcial*, sobre determinados aspectos (normalmente trascendentes) de la actividad regulada. Como en la policía (de la que, en realidad, es una especie: “policía económica”), la regulación atribuye competencia a una organización administrativa (que puede estar dotada de personalidad jurídica propia) para dictar normas, interpretarlas, inspeccionar, sancionar, realizar actividad jurisdiccional (incluso resolver conflictos entre el regulado y un tercero, con ocasión de la actividad regulada)¹⁵.

VII. LA LEY INDISPONIBLE Y LA ALTERACIÓN DE LOS DERECHOS

Conforme lo que llevamos visto hasta el momento, el conflicto entre el derecho del sujeto –el derecho que el sujeto quiere hacer valer o ejercer– y la ley que reglamenta su ejercicio, se producirá frente a la norma heterónoma *indisponible*. Es que la norma heterónoma *disponible* no provoca problema, dado que su aplicación es voluntaria, de tal manera que hasta podría sostenerse que, en tanto asumida por la voluntad de las partes, actúa a guisa de norma autónoma, también por omisión, es decir, en subsidio de lo previsto por las partes. En cualquier caso, las normas autónomas, por ser voluntarias, es decir, por importar una voluntaria reglamentación del ejercicio del derecho que se intercambia en la relación jurídica, no pueden por definición generar conflicto alguno, salvo en lo que se

¹⁴ Ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, Cap. 42, & 100, Buenos Aires, Ábaco, 2011.

¹⁵ Recordemos que el nuevo Art. 42, CN, se refiere, también, a la regulación administrativa.

vea “alterado” por una norma indisponible, pero entonces la cuestión será provocada por la norma indisponible, siempre heterónoma, y no por la norma autónoma, siempre disponible por acuerdo de partes.

La primera parte del Artículo 19, CN, es de una construcción sobresaliente: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Por “acciones privadas” no sólo debemos considerar a las realizadas en el ámbito de la intimidad, sino también a las relaciones jurídicas particulares (privadas) que no perjudican a otros (incluso a la contraparte, si es perjudicado en violación del acuerdo, por ej., frente al incumplimiento contractual), y que no dañan la moral pública ni el orden social. Estos son actos que tienen la fuerza de “publicar” lo privado. De ocurrir, corresponderá la intervención de la “autoridad de los magistrados”, de los legisladores, jueces y administradores, que actuarán, preventiva y represivamente, para evitar y/o reparar y/o castigar la “ofensa”.

El constituyente argentino sentó un principio genérico de gran sabiduría a los efectos de resolver tal inevitable conflicto. Así después de determinar, en el Artículo 14, que los derechos se ejercen conformen con las leyes que lo reglamenten (al ejercicio), el Artículo 28 prescribe: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Nótese que nuestra Constitución no admite, en sentido estricto, la reglamentación del derecho en sí mismo, sino sólo del modo de ejercicio de tal derecho. No se reglamenta el derecho porque no se puede reglamentar la dignidad humana, que es el “título” de tal derecho. En cambio, sí se puede reglamentar el modo de ejercicio, esto es, incidir sobre el “título” según el cual el derecho se ejerce, creando así una suerte de “título” heterónimo, no voluntario, con preeminencia sobre el voluntario, cuestión que es importante de tener en cuenta a los efectos de la validez de la *intensidad* de la reglamentación.

Desde esta perspectiva, la inteligencia de la expresión “alterar”, utilizada por nuestro constituyente, no debería ofrecer ninguna complicación insalvable. La “alteración” comporta una perturbación o daño a la *sustancia* del derecho¹⁶, es decir, la fuerza de la afectación al ejercicio es de tal intensidad que tiene como resultado dañar al derecho en su misma existencia, hacerlo ineficaz, al menos para la hipótesis concreta que interesa al afectado.

El expuesto arriba es un principio cuya aplicación en el caso concreto dependerá, además de las circunstancias, de la sabiduría y prudencia del juez. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando otros principios instrumentales con respecto al anterior, más general, que permiten orientar la actividad del intérprete. Veamos los más importantes:

1. Toda norma heterónoma, incluso las imperativas, se encuentra beneficiada por una presunción genérica de constitucionalidad, pero que decrece en razón del derecho y/o del sujeto afectados:

¹⁶ Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en “Peralta, Luis c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 313:1529 (1990).

1.a. si el ejercicio del derecho se vincula directa e inmediatamente con la dignidad humana, como la libertad religiosa, de elección estado civil, de expresión, etc. (por ej., una restricción en el ejercicio del comercio gozará de mayor presunción de validez constitucional que una restricción en el ejercicio de la elección de estado) o

1.b. si el derecho quiere ser ejercido por un sujeto perteneciente a una minoría que, de acuerdo con las circunstancias, por historia, prejuicios culturales, etc., se la considera vulnerable o desprotegida, y la afectación aparece, en principio, vinculada a tal pertenencia.

En estos casos la presunción de constitucionalidad decrece tanto que se convierte en una *presunción de inconstitucionalidad*, y así el Estado (persona jurídica que da subjetividad a la autoridad creadora de la norma) se encontrará obligado a:

2. Demostrar (razonablemente convencer al juez, si fuese necesario con medios de prueba, como pericias científicas, etc.) que la norma restrictiva responde a un “interés sustancial” del ordenamiento (el “*compelling interest*”, de los norteamericanos¹⁷). Esto es, que existe un bien comunitario trascendente, de gran importancia para la subsistencia, desarrollo, tranquilidad, paz, de la comunidad política, que estaría seriamente amenazado de no mediar la restricción (se trata de nuestro viejo conocido, el *bien común*, valorado en la circunstancia concreta);

3. Demostrar (de la misma manera que en el punto anterior) que la medida restrictiva es *adecuada*, en términos de *eficacia*, para evitar aquel daño al interés sustancial comunitario;

4. Demostrar (ídem) que la medida restrictiva es la más *eficiente*, es decir, la que alcanza aquel fin “sustancial” (eficacia) con el menor costo posible; el costo se medirá en la misma restricción, en el tiempo de su empleo o vigencia (relacionando también “restricción” y “vigencia”), lo que implica que la medida sea *proporcionada* al mal comunitario que busca evitar, no imponiendo para ello una *carga indebida* o exagerada para el ejercicio del derecho;

5. Demostrar (ídem) que la medida restrictiva no busca perjudicar indebidamente a un individuo, grupo o colectivo en particular y, a la inversa, que no busca el beneficio indebido de un individuo, grupo o colectivo, salvo, entonces, que este beneficio, o aquel perjuicio, sea también requerido por el bien común.

VIII. LA CUESTIÓN DE LA EMERGENCIA. NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Si toda ley imperativa debe pasar por los “test” que hemos enunciado (sin profundizar) arriba, ¿qué sentido tiene el instituto jurídico de la emergencia?

Para sancionar una norma imperativa, y por tanto restrictiva del ejercicio de los derechos, no se necesita la existencia de una situación de emergencia, ni mucho menos que esta se encuentre declarada por norma alguna.

¹⁷ Ver nuestro *Temas de Derecho Público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, Tema VI, &III, A, 2.

Sin embargo, y sin duda en razón de que ni el legislador constituyente ni el legislador ordinario pueden prever las circunstancias extraordinarias futuras, ha sido conveniente desarrollar una suerte de doctrina jurídica de la “emergencia”, cuestión que debe ser encarada con sumo cuidado para evitar que, bajo la razón de regularla se la institucionalice, se la convierta en un “instituto” en el sentido que hemos visto antes, en el numeral VI, y por esa vía se la “ordinarice” (aunque sin quererlo), tentación a la que no somos ajenos, ni indemes, los argentinos.

Nuestra Constitución, en su texto principal¹⁸, da poco empleo al término “emergencia”. Sólo lo menciona expresamente una vez, en el Artículo 76, a los efectos de autorizar la delegación por el Congreso de competencias legislativas en el Poder Ejecutivo. El “estado de sitio” se encuentra justificado por “caso de conmoción interior” (Art. 75.29), que es una “emergencia”, en tanto que situación grave y extraordinaria. También los supuestos previstos por el Artículo 6º, para justificar la intervención del Gobierno federal en las provincias, son “emergencias”; en cambio, la cuestión “urgente”, que puede dar razón al dictado por el Poder Ejecutivo de un decreto de necesidad y urgencia (Art. 99.3) puede o no importar una situación de emergencia¹⁹. Lo cierto es que la Constitución, siempre en su “texto principal”, no define a la “emergencia”, que, en sí misma, es un suceso inesperado, de efectos dañosos, y que requiere de una acción inmediata para solucionarlo (en cambio, puede haber necesidad de respuestas urgentes que no respondan a emergencias), acción normalmente no habitual, en tal sentido, extraordinaria.

La emergencia es una situación de hecho, no subordinada a, ni necesitada de, declaración legal alguna (volveremos sobre esto más abajo). No es un “instituto” en el sentido que hemos visto en el numeral VI, o al menos no debería serlo más allá de lo que el “caso fortuito” alcanza para ser calificado como instituto, destinado a aparecer y desaparecer con el tiempo. ¿Por qué va a ser un instituto en sentido propio, cuando no requiere de reglas sustancialmente diferenciadas de las propias de las normas imperativas? Es de suponer que la emergencia no debe repetirse, ni debe durar más que un tiempo razonable. De lo contrario, la emergencia se convierte en normalidad.

Aun así, la “emergencia” (la verdadera, no la utilizada como excusa legislativa y, muchas veces, judicial) puede tener efectos cuando el hecho es calificable como “caso fortuito” o “fuerza mayor”, o “hecho del príncipe”, en los términos de la legislación civil.

¹⁸ Recordemos que en la reforma constitucional de 1994 se les otorgó *jerarquía constitucional* a diversos cuerpos normativos del derecho internacional sobre derechos humanos, conforme con el régimen establecido en el Art. 75.22, CN. Estos cuerpos normativos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional propiamente dicho, que por ello podemos denominarlo “texto principal”, mientras que al numeroso conjunto de normas complementarias (las del derecho internacional sobre derechos humanos) las llamaremos, precisamente, “texto complementario”, lo que no quita que, en tal carácter, tengan la misma jerarquía que el “texto principal”, con valor normativo superior sobre el resto del ordenamiento subconstitucional, y con aptitud de participar del sistema interpretativo integrativo de todo el plexo constitucional. Sobre el particular, ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. VII.

¹⁹ En nuestro *Derecho Administrativo*, T. 2, & 170, hemos tratado la distinción entre “urgencia” y “emergencia” a los efectos del dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

En estos casos, la declaración legislativa de la “emergencia” puede ayudar, aunque no sea determinante, a la resolución de un conflicto concreto. Pero tal declaración legislativa de la emergencia no podría, por sí sola, reemplazar la necesidad de prueba del caso fortuito (de la situación de emergencia), salvo que este sea un hecho público y notorio. Ciertamente, en orden a evitar abusos y violaciones de derechos humanos, así como la emergencia puede existir a pesar de la falta de su declaración legal, también podría no existir a pesar de la declaración legal, con efectos judiciales para el caso concreto.

Sin perjuicio de ello, tal declaración legislativa puede ayudar a la declaración de la intervención de una provincia o del estado de sitio, en los supuestos en que pueda hacerlo el Poder Ejecutivo, o bien justificar, como vimos, la delegación de competencias legislativas en el Presidente, o la atribución de competencias a la Administración que no serían otorgadas en situaciones de normalidad. Pero nada de esto requiere de una ley genérica previa, ya que en cada ley en particular (p. ej., la que declara el estado de sitio; la que delega una competencia legislativa) puede hacerse esta declaración, sin perjuicio de que, igualmente, estaría implícita en la misma ley.

Es decir, la manifestación legal genérica de la “emergencia” parece más una declaración política que una necesidad jurídica. Acaso, frente a la actual pandemia, ¿necesitaría el Presidente de la ley declarativa para dictar un DNU en las condiciones establecidas en Artículo 99.3, CN? ¿No hay normas suficientes que, por ejemplo, regulan las condiciones para la contratación directa para cualquier tipo y monto de contrato, o que autorizan a rescindir contratos por razones de oportunidad, o, en su caso, para prorrogarlos, renegociarlos, etc.? Y si no las hubiere, ¿no podrían ser sancionadas por vía de DNU? ¿No puede el Congreso sesionar *on line*, con una adecuada reglamentación por parte de las propias Cámaras²⁰? ¿No puede perfeccionar el Poder Judicial las reglamentaciones para las tramitaciones judiciales *on line*?

Fuera de estas últimas hipótesis que podemos denominar “organizatorias” (aunque también para ellas, en lo que corresponda), la emergencia no es otra cosa que la identificación del “interés sustancial” que el legislador (Congreso, Presidente, Administración) busca proteger o realizar mediante una determinada norma imperativa, la que deberá ser sometida a los “test” que hemos enunciado en el numeral VII, u otros más apropiados que vayan siendo perfeccionados, identificados, profundizados, por la doctrina y la jurisprudencia.

En definitiva, la “medida de emergencia” no es otra cosa que un ejercicio de la razón del legislador que debe proveer al bien común frente a circunstancias dadas, es decir, una cuestión de “justicia general, legal o del bien común”.

²⁰ Así lo acaba de recordar la Corte Suprema de Justicia en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidente del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 24 de abril de 2020.

IX. LA EMERGENCIA EN EL “TEXTO COMPLEMENTARIO” CONSTITUCIONAL

Las normas que estudiaremos en este numeral pertenecen tanto al derecho internacional como al derecho constitucional interno argentino (ver nota al pie 18). Este último aspecto, que es sobre el cual nos detendremos ahora, es de importancia en tanto su interpretación y aplicación, en uno y otro caso, ofrecen variaciones de trascendencia.

Obviamente no es este el lugar para estudiar esas diferencias, aunque podemos citar una a continuación. En tanto que normas internacionales de las Convenciones sobre Derechos Humanos, la Argentina podría argumentar su inaplicación en base a lo dispuesto por el Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: un Estado puede alegar vicio de consentimiento (para inaplicar el tratado o convención internacional, o una norma de ellos) cuando éste sea manifiestamente contradictorio con una norma fundamental de su derecho interno, previsión que, por lo demás, coincide con el Artículo 27, CN, que encomienda (otorga competencia) al Gobierno federal celebrar tratados “que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Esta norma de inaplicación no podría ser alegada en el supuesto de los convenios internacionales que forman parte del “texto complementario” de la Constitución, los que, por esa misma calificación constitucional, forman parte de la Constitución y, por definición, no pueden contener contradicciones con los principios de derecho público en ella contenidos.

El Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos recepta el principio de la sujeción de toda conducta humana a las exigencias de la justicia general:

“1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

A su vez, el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insiste con el criterio rector de la justicia general, con los límites que en la misma norma se enuncian:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

El régimen de la emergencia, en sí mismo, se encuentra previsto en el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6º, 7º y 8º (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 27, 1 y 2, enuncia los principios que hemos comentado, con algún mayor desarrollo en el anterior numeral VII:

“Artículo 27. *Suspensión de Garantías.*

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes Artículos: 3º (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4º (Derecho a la vida); 5º (Derecho a la integridad personal); 6º (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9º (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

De esta manera, la emergencia, además de ser reconocida y regulada por el derecho internacional, adquiere en nuestro derecho interno una expresa regulación constitucional que, principalmente, exige: 1) situación de gravedad extraordinaria; 2) con peligrosidad sobre la independencia, la seguridad y, en general, “la vida de la Nación”, es decir, de extrema gravedad; 3) limitación de las disposiciones destinadas a enfrentar la situación de emergencia, según el tiempo y contenido: no podrán suspender el ejercicio de los derechos humanos “duros”, no deberán ser discriminatorias, no deberán ser contradictorias con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional (por ej., las propias del derecho de gentes).

Mientras que la Convención Americana exige una comunicación de la, en la práctica, declaración de emergencia (declaración dirigida a los Estados parte a través del secretariado general de la OEA), el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles, además de la notificación convencional vía el secretariado general de la ONU, exige la *proclamación oficial de la emergencia*, lo que, cabe interpretar, sólo podría hacerse por vía legislativa (también por DNU, si fuera el caso).

Ambas declaraciones oficiales tienen el carácter de obligaciones internacionales, pero además importan *requisitos constitucionales internos*, cuya omisión podría afectar de inconstitucionalidad a la medida concreta de emergencia. Pero corresponde insistir, esto no quiere decir que, proclamada la emergencia por vía legal, y notificada convencionalmente (a los Estados parte) la existencia misma de la emergencia no pueda ser discutida judicialmente, sino la declaración misma (salvo absurdo manifiesto), sí en cambio su prolongación en el tiempo, además de la adecuación y proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada, o su invasión de la zona excluida, según se identifica en las normas que hemos recordado más arriba.

IX.1. Emergencia y crédito público

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina de la emergencia, es decir, la consideración jurídica de la situación de emergencia, fue empleada en el marco de los tratados CIADI-BIT²¹, a los efectos de resolver disputas entre el inversionista extranjero, cuya inversión es alcanzada por el régimen de protección de tales tratados, y el país receptor de tal inversión.

Podemos recordar aquí algunos aspectos de esta cuestión²².

La situación de emergencia, y su tratamiento jurídico, no es nueva en nuestro país. Sus efectos llevaron a dañar el “crédito público” por el incumplimiento de los servicios de la deuda a la que la crisis obligó, aunque, no dejemos de recordar, la “emergencia” no importa sólo una situación de insolvencia, y por tanto de imposibilidad de pago, más o menos prolongada, sino un peligro para la subsistencia misma de la comunidad como ordenamiento jurídico.

²¹ Estamos haciendo referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés) creado, como agencia del Banco Mundial, por convenio de 154 Estados partes con vigencia a partir del 14 de octubre de 1966; sustancialmente el Convenio de creación regula un sistema de arbitraje para el arreglo de diferencias entre Estados receptores e inversionistas de terceros Estados. El BIT es un tratado entre dos Estados destinado a regular, fomentando, protegiendo y sentando bases para la solución de disputas, las inversiones de miembros de un Estado parte en el otro Estado parte. Muchas de las controversias alcanzadas por los BIT son resueltas aplicando el régimen de fondo por estos regulado, pero recurriendo al arbitraje según el Convenio CIADI. Por esta razón hablamos en el texto de un sistema CIADI-BIT.

²² Sigue, en el texto, una síntesis de lo ya escrito en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, Cap. 42, Buenos Aires, Ábaco, 2011.

Desde el punto de vista económico, los efectos de la “emergencia” no han podido evitar una grave incidencia sobre el derecho de propiedad. Este es un “derecho humano” tal como es reconocido, precisamente, por el ordenamiento internacional sobre derechos humanos. Así lo establece la que podemos considerar, modernamente, norma fundacional o constitutiva en la materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948), que en su Artículo 17, apart. 1), afirma el derecho a la propiedad de “toda persona”, para luego, en el apart. 2), garantizar que “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, si bien en su Artículo 21, apart. 1), admite que la ley puede “subordinar” al “interés social” el derecho al uso y goce de sus bienes por “toda persona”, en el apart. 2) afirma de manera terminante: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”²³.

De esta manera, el propio ordenamiento internacional garantiza el derecho “relativo” –puede ser expropiado por razones de interés público y mediando una justa indemnización– a la conservación de la propiedad sobre los bienes de cualquier naturaleza, siempre sujeto a la reglamentación –obviamente razonable– con relación al uso y goce de ellos.

Precisamente, como ya hemos visto, el Artículo 29 de la Declaración de Derechos Humanos autoriza limitaciones legales al ejercicio de los derechos, mientras que la Convención Americana, lo hace de manera aún más explícita, siempre con relación a la “suspensión de garantías”, en su Artículo 27 (ver *supra*, numeral IX).

IX.2. La situación de emergencia en el ordenamiento jurídico nacional y en el “sistema CIADI-BIT”

La “emergencia” es una situación de hecho con determinadas consecuencias jurídicas, que pueden estar fijadas por el mismo legislador –normalmente en oportunidad de declararla, de mediar esta declaración– o establecidas por interpretación judicial en los casos concretos, aun cuando ella no hubiese sido declarada o regulada por normas positivas.

Considerada la situación de emergencia como un fenómeno que debe ser afrontado por el Gobierno cuando aquélla afecta al bien común, su atención por medio de medidas de excepción –siempre proporcionadas y razonables– es una manifestación de la soberanía estatal tanto para el ordenamiento propio como, fundamentalmente, para el ordenamiento internacional. Es propio del Estado adoptar las medidas conducentes para proveer al bienestar general y ser respetado en ello no sólo en lo interno sino por todos los sujetos del derecho internacional. Así lo afirmó nuestra Corte Suprema de Justicia en “Brunicardi, Adriano c/ Banco Central de la República Argentina” (*Fallos*: 319:2886) –con ocasión de la reprogramación de la deuda pública externa dispuesta por el Decreto N° 772/1986–,

²³ Recordemos que estas normas son complementarias de la Constitución Nacional y ostentan su misma jerarquía.

al recordar: “Existe un principio del derecho de gentes que permite excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable”, por lo cual: “La reprogramación unilateral de los vencimientos de los bonos nominativos emitidos en virtud del Decreto N° 1.334/1982, dispuesta por el Decreto N° 772/1986, fue un acto de soberanía”.

Sin perjuicio de ello, es conveniente aquí repasar la doctrina jurídica de la emergencia, especialmente en lo que respecta a su incidencia sobre la cuestión de la “bancarrota” de la deuda y en general el incumplimiento de los contratos. A tal fin tomaremos en consideración algunas decisiones provenientes del sistema de arbitraje internacional—que denominamos “sistema CIADI-BIT”— en distintas causas dirigidas contra la República Argentina, a partir de la crisis, o “emergencia” (en ese caso económica) estallada a finales de 2001.

En este sentido, y como marco introductorio, cabe recordar las salvedades señaladas por el mismo fallo “Brunicardi”: “La naturaleza jurídica del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección”, en la medida en que lo establecido por el citado Decreto N° 772/1986 había representado, siempre según la Corte Suprema, “un aceptable aplazamiento temporal de los vencimientos, con equiparación de la situación de los acreedores externos en similares condiciones, que no comportaron actos confiscatorios o que condujesen a una privación de la propiedad o degradación sustancial del crédito”, reiterando así lo sustancial de la doctrina “Peralta”.

IX.3. La doctrina CIADI sobre la emergencia en el caso argentino²⁴

En la causa “LG&E Energy Corp.; LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. v. República Argentina”, resuelta el 3 de octubre de 2006 por el Tribunal Arbitral *ad hoc* del CIADI²⁵, se discutió la demanda arbitral, siempre basada en el “Convenio CIADI”, del cual la Argentina y los Estados Unidos de América (países de nacionalidad de los actores) forman parte, y en el BIT celebrado entre los Estados citados (en adelante BIT-USA), planteada por los actores, en su calidad de accionistas de empresas concesionarias

²⁴ Corresponde aclarar que sólo de una manera imprecisa puede hablarse de una “doctrina CIADI”, al menos si queremos darle a tal expresión el alcance de jurisprudencia asentada, formada por precedentes de alguna manera vinculantes. Es que los casos que se llevan al arbitraje CIADI son resueltos por tribunales *ad hoc*, de manera que—y a falta de una regla que imponga lo contrario, p. ej., el otorgamiento de la calidad de precedente a los laudos emitidos con anterioridad por otros tribunales del mismo sistema CIADI— cada tribunal es naturalmente nuevo, iniciando y agotando su historia con el caso para cuya resolución fue establecido. Sin embargo, los distintos tribunales arbitrales de manera habitual se refieren a la doctrina contenida en laudos anteriores, tanto para compartirla como para desecharla. Por consiguiente, no sería correcto negar de manera absoluta el valor doctrinal de los laudos, especialmente cuando en forma reiterada afirman una determinada conclusión doctrinaria, aunque, valga la repetición, ello de manera alguna obligue al tribunal que debe, aquí y ahora, resolver el caso concreto traído a su conocimiento.

²⁵ Caso “ARB/02/1”, <http://www.worldbank.org/icsid>.

de distribución de gas, contra el Estado Argentino, concedente, por diversas y alegadas violaciones del BIT en cuestión.

Después de relatar los términos de la disputa, los antecedentes fácticos del caso –especialmente los vinculados con las circunstancias que llevaron a la crisis del año 2001, y su desenvolvimiento posterior–, el Tribunal Arbitral (en adelante, el “Tribunal”) concluyó: “Este Tribunal aplicará para decidir la presente controversia, en primer lugar, el Tratado Bilateral; en segundo lugar, y a falta de regulación expresa de este último, aplicará el derecho internacional general y, en tercer lugar, el derecho interno argentino, especialmente el MRG (marco regulatorio) dictado para el sector del gas natural” (Nº 99).

A partir del Nº 201 del Laudo, el Tribunal desarrolló la cuestión del “estado de necesidad”, es decir, el “estado de emergencia”, tal como ese argumento había sido planteado en la defensa intentada por la Argentina. Así relató que la demandada había sostenido que, aun en la eventualidad de que se considerara que el Estado había violado las obligaciones impuestas por el BIT-USA, “el estado de crisis política, económica y social en que cayó el país justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por tanto, aun si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infligieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad” (Nº 201; cfr. Nº 202).

Cabe señalar que la cuestión de la emergencia tenía grave importancia para la causa en función de lo dispuesto en el Artículo XI del BIT-USA: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad” (cit. en Nº 204).

Las partes en “LG&E” discutieron si tal Cláusula XI gozaba de la condición de “*self-judging*”, es decir, sujeta a la interpretación por los propios Estados contratantes, aunque siempre bajo el estándar de la buena fe. Esta había sido la posición sostenida por la Argentina, planteando así que el Tribunal no debía conocer en el mérito de la cuestión sino sólo acerca de si el Estado Nacional había actuado de buena o mala fe, defensa que fue contradicha por la actora. Sin embargo, el mismo parámetro de la “buena fe” –que debe aplicarse aun de admitirse la citada cláusula XI– posee la naturaleza de “*self-judging*” y obliga a considerar las circunstancias de su aplicación, su razonabilidad, la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su consecuencia y de su tiempo de duración, los esfuerzos hechos para no tornar tan gravosa la situación de la parte inocente, etc. Así lo señaló el “Tribunal”, luego de rechazar la interpretación de la actora (Nº 214): “En todo caso, si el Tribunal concluyera que la disposición es *self-judging*, las decisiones tomadas por Argentina estarían sujetas a la revisión bajo el parámetro de la buena fe, el cual no difiere significativamente del análisis sustantivo aquí realizado”; para el caso concreto, agregaríamos nosotros, ya que pueden presentarse situaciones en las que determinados elementos fácticos podrían producir variaciones significativas en la aproximación al caso en disputa.

Como ya lo hemos adelantado, de acuerdo con el “Tribunal”, “desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, la Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad” (Nº 226). Es importante subrayar la distinción que se hace en el fallo entre la *emergencia*, podemos decir *legalmente declarada*, y la *emergencia real, de hecho*. Ambas pueden no coincidir, como ocurre en el caso donde no solo hay una diferencia temporal en el inicio de ambas –según el “Tribunal”, el 1º de diciembre de 2001 para la fáctica, y el 6 de enero de 2002, fecha de vigencia de la ley de emergencia, para la segunda–, sino una muy marcada separación en cuanto a la fecha de finalización de esa situación excepcional. Lo destacable es que el “Tribunal” hizo mérito de la situación real, mientras que prescindió de la definición legislativa, a pesar de encontrarse todavía vigente al momento de emisión del fallo.

El Tribunal criticó duramente el abuso que de la declaración de emergencia se ha hecho en nuestro país: “Recuérdese que Argentina ha decretado un estado de necesidad que se ha extendido hasta hoy, y, de hecho, cuenta con el récord de decretos desde 1901, viviéndose en este país períodos de emergencia más largos que los de no emergencia. Estos períodos deberían ser de carácter rigurosamente excepcional y únicamente deberían aplicarse en circunstancias extraordinarias. En consecuencia, para que un estado de necesidad pueda alegarse como defensa de un Estado, será necesario demostrar la existencia de graves desórdenes públicos. Basados con la evidencia con que cuenta este Tribunal, determinó que la situación cesó en el momento en que el Presidente Kirchner fue electo” (Nº 228).

Así entonces el “Tribunal” concluyó en que el período de emergencia computable abarcó el comprendido entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 (según el desarrollo de la crisis descrito en los Nros. 229 a 236 del Laudo), lapso durante el cual se consideró aplicable el citado Artículo XI, BIT-USA. Durante ese período el “Tribunal” resolvió eximir a la Argentina “de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado” (Nº 229).

Para los árbitros, el “estado de emergencia” o “estado de necesidad” (ambos términos son expresamente utilizados en el Nº 245) previsto en el citado Artículo XI, no se configura solamente en circunstancias que importen guerra u otro tipo de acciones militares susceptibles de similar calificación. “Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad—sostuvo en el Nº 238—sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. *Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar*” (destacado agregado). Por supuesto que estas conclusiones, incluso con mayor razón, caben para la presente situación de emergencia sanitaria y para la grave crisis económica que, inevitablemente, le seguirá.

Por ello el “Tribunal” estimó que el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar: “*Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad*”

(Nº 238, destacado agregado), mientras que la aplicación –sin duda que extensiva– de aquella cláusula de excepción debe conducir razonablemente a la adopción de las medidas tomadas, por no existir otras eficaces y menos gravosas a la vez.

En otra causa²⁶, y otro Tribunal *ad hoc*, el Laudo interpretó el concepto de “mantenimiento del orden público”, utilizado por el Artículo XI, BIT (el mismo que en “LG&E”), no solo como referido a los valores fundamentales de la sociedad, sino como un “amplio sinónimo de ‘paz pública’” (que, de todas formas, es también un valor fundamental de la sociedad, o bien un presupuesto para la vigencia de los demás valores), que se encontraba amenazada, según el Tribunal, en el año 2002, como consecuencia de la grave crisis ocurrida en el final de 2001 (Nros. 174 y 179). En el Nº 178 de “Continental” se afirmó: “Una severa crisis económica puede entonces calificar bajo el Artículo XI, como capaz de afectar un esencial interés vinculado con la seguridad” del país. El fallo recordó también la doctrina sostenida en los casos que cita, en el sentido de que “La protección de un esencial interés de seguridad reconocido por el Artículo XI no requiere que el ‘total colapso’ del país (receptor) o que una ‘situación catastrófica’ haya ocurrido antes que las autoridades nacionales responsables se encuentren habilitadas para recurrir a tal protección”.

Comparemos, entonces, lo expuesto en “LG&E” con la terminología de nuestro “Peralta”, cuando en el considerando 20) de este último²⁷ recordó una “regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases de orden interno preestablecido, sino por el contrario, *defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado Argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida*” (destacado agregado). También subrayó “Peralta”, en el consid. 33), la necesidad de “preservar la *unidad nacional*, entendida en el caso en el marco de la promoción del *bienestar general*”, mientras que “La tarea permanente de ‘constituir la unión nacional’ tiene por problema central hoy *asegurar la supervivencia de la sociedad argentina*” (consid. 25; destacado agregado).

Coincidiendo entonces con “Peralta”, el fallo en “LG&E” aceptó que “dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del Gobierno Argentino. Bajo las condiciones que el Gobierno enfrentó en 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia, elaborada en tan solo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica” (Nº 240), como también lo subrayó en el Nº 241: “El Tribunal acepta la necesidad de dictar una medida que detuviera la caída al abismo”. Por lo demás, “El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado ‘estado de necesidad’ o ‘estado de emergencia’ también existe en el derecho internacional” (Nº 245) es decir, *es un principio general de derecho internacional* y no solo una situación específica prevista por un determinado tratado.

²⁶ “Continental Casualty Company vs. República Argentina”, caso ARB/03/9, laudo del 5-9-2008.

²⁷ Voto de la mayoría integrada por Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O’Connor.

En el derecho internacional, precisamente, la terminología utilizada para describir la situación que justifica la aplicación del instituto jurídico de la emergencia recuerda a la empleada en “Peralta”: “[...] ha de tratarse de un peligro grave para [la existencia del Estado], para su supervivencia política o económica, para los servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio. Es decir, se trata de intereses que, a menudo, se hacen valer, en este contexto, como intereses esenciales o particularmente importantes para el Estado” (Nº 246, con notas; también Nº 247).

Coincidiendo con la condición señalada por nuestra Corte Suprema en “Peralta”, el Laudo en “LG&E” (Nº 244) también exige que las medidas adoptadas para enfrentar la situación de emergencia deban ser “generales”, con base en el Artículo IV (3) del BIT-USA.

La norma citada del BIT-USA, además de otorgar fundamento al requisito arriba señalado, es de especial importancia a los efectos de identificar a la “emergencia” como una situación de hecho reconocida por el derecho internacional; así la transcribe el Tribunal Arbitral en el Nº 243 del Laudo: “A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, *estado de emergencia nacional*, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas” (destacado en el Laudo).

Además, tales medidas deben ser “el único medio disponible del Estado para salvaguardar un interés” (Nº 250), siempre dentro de “los límites de lo estrictamente necesario” ya que aquello que los sobrepase, en esa medida, no eximiría de responsabilidad, aun dentro de la situación de emergencia reconocida (ibíd.).

El “interés sujeto a protección [...] debe ser esencial para el Estado”, limitando tal idea de esencialidad a “aquellos intereses de índole económica o financiera” (Nº 251) –lo que es un dato muy importante para el caso de la deuda pública–, siendo necesario “apreciarlo en cada caso particular en que entre en consideración tal interés, pues no podría determinarse anticipadamente en abstracto” (Nº 252). La amenaza a tal interés debe ser “grave e inminente” (Nº 253), aunque las medidas tomadas en consecuencia “no pueden afectar un interés esencial de otro Estado” (Nº 254) y debe existir una relación de jerarquía entre el interés que se quiere proteger y el sacrificado por la medida de emergencia, obviamente en beneficio del primero (ibíd.). También, debe haber ausencia de culpa por parte del Estado que invoque la emergencia (Nº 256).

Los requisitos enunciados por el Tribunal Arbitral, insistimos, coinciden totalmente con los planteados en “Peralta”, resumidos en la cita del precedente norteamericano “Home Building”, hecha en el consid. 40) de aquél: “1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley [que impone las medidas de emergencia] tenga como finalidad legítima, la de proteger

los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria²⁸ sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”.

Para concluir con el recuerdo del caso “LG&E”, es importante subrayar el requisito de la temporalidad de las medidas de emergencia: Así, en el caso, el “Tribunal” estableció que a partir del 27 de abril del 2003, es decir, al día siguiente de concluida la emergencia (lo que el Tribunal tomó como situación de hecho razonablemente comprobada, independientemente de su prolongación casi indefinida por la ley argentina), “las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia” (Nº 265), esto es, entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril del 2003, ambos inclusive, la Argentina fue declarada exenta de responsabilidad, por lo cual las demandantes “deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor”, pero a partir del 27 de abril de 2003, la Argentina “es responsable por los daños causados a las demandantes” (Nº 266).

X. EMERGENCIA Y SUBSIDIARIEDAD

Finalizada la Segunda Guerra Mundial las naciones europeas—especialmente Francia, Italia, Alemania, Grecia, Gran Bretaña, también España con su propia posguerra— se encontraban en una situación económico-social terminal. Prácticamente toda la infraestructura pública había sido destruida, la industria desmantelada, los servicios públicos severamente dañados o inexistentes, graves problemas de vivienda en ciudades y pueblos reducidos a ruinas, y una población llorando a alrededor de 45 millones de muertos (incluyendo las víctimas del genocidio). Sin embargo, no se necesitaron más de cinco a diez años (según los casos) para que la recuperación alcanzara niveles de alto desarrollo.

¿Un milagro? No necesariamente. Muchos factores incidieron sobre esta recuperación extraordinaria. El primero, fundamental, el denominado “plan Marshall” —Programa de Recuperación Europea (ERP, en inglés)—, conforme al cual Estados Unidos inyectó astronómicas masas de dinero en las naciones de Europa occidental²⁹. Este gran aporte de capital permitió financiar una fuerte política de intervencionismo estatal, a través de la obra pública, las empresas públicas (recordemos la experiencia del IRI en Italia, en su largo período —hasta el año 2002— posfascista), la regulación, el “*welfare*”, ya ensayado en Gran Bretaña con anterioridad a la guerra y expandido luego al resto de Europa. Un actor principal de la reconstrucción y del desarrollo fue la Comunidad Europea (hoy Unión

²⁸ El caso “Home Building & Loan Assoc. vs. Blaidell”, 290 U.S. 398, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1934, trata de la moratoria legal de cuotas hipotecarias, frente a la “emergencia” provocada por la Gran depresión de 1929/1930. Fue citado en nuestro “Avico c/ De la Pesa”, CSJ *Fallos*: 172:21, también de 1934 y también sobre la validez de moratorias en deudas hipotecarias, como medida para afrontar la situación de emergencia.

²⁹ Al occidente de la “cortina de hierro”, como denominó Churchill a una imaginaria valla que separaba a la Europa del este, dominada por el comunismo, de la Europa del oeste, democrática, bajo influencia norteamericana.

Europea), de gran actividad regulatoria *integrada*, dando creación y regulando un mercado económico interregional. Todo esto condujo a la reconstrucción de las bases del mercado a partir de la intervención estatal.

Pero ¿cómo? ¿No es que mercado e intervención estatal son “perro y gato”? Claro que no, en un sentido absoluto, ya que, como hemos visto, sin Estado (sin “Centro de Poder”, con fuerza legislativa y coactiva) no puede generarse el mercado: simplemente no habrá ordenamiento jurídico, comunidad jurídico-política³⁰. En un sentido relativo, en cambio, tanto el exceso como el defecto de Estado serán perjudiciales.

La regla de oro que marca el límite justo entre Estado y sociedad libre (el estatismo devora el campo que pertenece a la sociedad libre, hasta llegar al totalitarismo, mientras que el liberalismo destruye el ámbito público, hasta llegar al anarquismo y la disolución social) es el *principio de subsidiariedad social* en sus dos versiones: *a) negativa*: las organizaciones mayores (en este caso, el Estado) no deben hacer lo que las organizaciones menores y el individuo (en este caso, la sociedad), necesitando o queriéndolo, pueden y deben hacer; *b) positiva*: las organizaciones mayores deben hacer aquello que las menores, necesitando, no pueden o no deben hacer.

Veamos algún ejemplo. *Subsidiariedad negativa*: el Estado *no debe* imponer precios máximos y mínimos, porque de ello se encarga, con mayor eficiencia y eficacia, el mercado. Pero hay una grave crisis de abastecimiento de ciertos productos de necesidad comunitaria que distorsiona el mercado y por ende la formación de los precios, entonces debe regir la *subsidiariedad positiva*: el Estado *debe* orientar los precios mediante medidas de estímulo, fomento, tributarias. La crisis es de tal gravedad que tales medidas no son suficientes: el Estado *debe* imponer precios, y si ello es todavía insuficiente, el Estado *debe* hacerse cargo de la producción y comercialización de los bienes en cuestión, incluso a través del procedimiento de la ocupación temporánea, o de la expropiación, si fuese necesaria. La ocupación temporánea *anormal* (Arts. 57 a 60, Ley N° 21.499) podría aplicarse, por ejemplo, sobre una empresa para garantizar la producción y/o comercialización de determinados bienes a un determinado precio, o asegurar la ocupación de mano de obra, etc. Tiene como ventaja su *temporalidad*, limitada al “lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad”, lo que es una garantía de intervención subsidiaria³¹.

Como todos los principios, éste también es relativamente fácil de enunciar, pero difícil de instrumentar. Su ajustada implementación dependerá de la sabiduría del gobernante y del grado de fortaleza institucional del ordenamiento jurídico comprometido, esto último

³⁰ En cambio, sin mercado, habrá ordenamiento jurídico, pero carente de sociedad libre y por tanto destinado al fracaso, como lo enseña la experiencia histórica.

³¹ Al mencionar la hipótesis de la ocupación temporánea “anormal”, no es posible dejar de recordar el famoso caso “Youngstown Sheet & Tube vs. Sawyer” 343 U.S. 579 (1952), donde la Corte federal norteamericana declaró la inconstitucionalidad de la decisión del Presidente Truman de ocupar una fábrica productora de acero durante el conflicto bélico de Corea, en razón de un conflicto gremial que amenazaba la producción del metal, considerado indispensable en la emergencia bélica. El Tribunal (ya finalizado el conflicto) entendió que el Presidente carecía de competencia para tomar tal decisión, competencia que correspondía al Congreso. En nuestro caso, la Ley de Expropiaciones N° 21.499 otorga expresamente tal competencia a la autoridad administrativa.

directamente vinculado con el grado de control democrático y pacífico que la población se encuentre capacitada y decidida a ejercer.

En el ejemplo europeo, la duración del modelo intervencionista de posguerra fue mucho más allá de lo necesario, superando el momento en que la sociedad podía continuar el desarrollo del bienestar a través, en forma determinante, de la iniciativa social (no estatal). Esta innecesaria y “antisubidiaria” prolongación generó corrupción (recordemos el proceso de *manipulite*), burocratismo, envejecimiento (no sólo demográfico sino también tecnológico), quietismo individual y social³², quizás tolerable durante la guerra fría, pero insoportable ante la disolución del peligro comunista y la explosión capitalista (casi desenfrenada) que iba a tener lugar, primero en Rusia y, luego de algunos años, en China. Entonces Europa tuvo que transitar, para competir, por una economía de “mayor mercado” e “iniciativa privada”, de menor intervención estatal, con privatizaciones de empresas y desregulación de la economía, sin renunciar a los beneficios sociales (“*welfare*”) ya incorporados a la cultura misma del europeo común.

Algo semejante ocurrió en nuestro país en los finales del siglo pasado. Una economía estancada, adormecida, ineficiente, buscó, cuando explotó en una histórica debacle hiperinflacionaria, ser reemplazada por otra más dinámica, a la altura de los tiempos. Pero nuestra debilidad institucional no ayudó a la permanencia del nuevo modelo, aunque las estructuras de inversión recuperadas para el circuito económico no se hayan, todavía, perdido del todo.

De todas maneras, nos enfrentamos ahora a una nueva realidad, que da *sentido político-institucional* a la declaración de emergencia, en tanto que subraya la necesidad, inevitabilidad, temporalidad y excepcionalidad de este avance de lo “estatal” sobre lo “social”, lo que sucederá con una inmediatez temporal fácilmente previsible. También es probable que ello ocurra en el marco de una economía que continuará globalizada, pero donde las regiones tendrán una gran capacidad de representación de sus miembros. Obviamente nosotros deberíamos apostar al Mercosur (siempre que exista allí consenso interno) y desde éste, impulsar nuestra relación con Estados Unidos, Europa y, seguramente, Rusia y China.

Dios les otorgue sabiduría y prudencia a nuestros gobernantes.

³² Claro que, aun así, comparar la situación europea con la nuestra latinoamericana, es como tratar de parangonar el paraíso con el infierno (el lector sabrá identificar, en el ejemplo utilizado, cuál sea el paraíso y cuál el infierno).

PESTE, ESTADO Y SECUELAS

JOSÉ GABRIEL CHIBÁN*

I. INTRODUCCIÓN

Contamos con numerosísimos antecedentes, entre fidedignos y ficticios acerca de la peste, con una insigne colección de textos y autores que se ocuparon de ella a lo largo de la historia conocida y hasta nuestros días.

Siguiendo a Leiser Madanes, al comienzo de la *Iliada*, Homero nos sitúa en medio de un ejército castigado por una plaga; Sófocles advierte que sólo cuando se descubra la verdad del rey Edipo cesará la peste sobre Tebas; por haberse atrevido a realizar un censo de bienes y hombres Dios castiga al rey David enviando una peste sobre su reino; previo al desenfreno, Boccaccio describe los sufrimientos de los florentinos bajo la epidemia bubónica; el desencuentro final y trágico de Romeo y Julieta se desencadena debido a un malentendido que Shakespeare ubica en una ciudad confundida por la peste, confusión que, por el contrario, le permite a Manzoni el tantas veces postergado reencuentro de los *promessi sposi*; Rabelais, Samuel Pepys, Daniel Defoe, Dostoievski, Poe, Artaud, Camus, o en nuestro país Scenna¹, han visto, o recreado, en la ciudad bajo la plaga un laboratorio que permite examinar la naturaleza humana y la sociedad en una situación en extremo excepcional. Algunas narraciones se centran en el castigo divino como causa, o, mejor dicho, atribuyen esta virulenta alteración de la naturaleza a una culpa humana (*Iliada*, *Edipo Rey*, las numerosas menciones en el *Antiguo Testamento*); otras, aceptando que la peste es un fenómeno meramente natural, observan los fenómenos sociales y sus consecuencias morales y políticas (Tucídides, Samuel Pepys, Defoe)².

* Abogado por la UNC. Magíster en Derecho Administrativo Universidad Austral. Titular de Cátedra de Derecho Administrativo en la UCASal y Profesor Asociado en la UNSa. Juez en lo Civil y Comercial en la Provincia de Salta.

¹ Scenna, Miguel Ángel, *Cuando murió Buenos Aires. 1871*, Buenos Aires, La Bastilla, 1974, p. 346, había escrito: “Todos amarillos: de fiebre los muertos, de miedo los vivos”.

² “La peste”, en *Deus Mortalis. Cuaderno de Filosofía Política*, núm. 5, Buenos Aires, 2006 (Malosetti Costa).

Puede mencionarse también el desequilibrio sanitario que se produjo en los pueblos americanos a partir de 1492, tras el contacto con los españoles que eran portadores inconscientes de nuevas enfermedades, ello sin olvidar que algunos códices mexicanos registran grandes epidemias en nuestro continente con anterioridad al descubrimiento europeo y que la desolación de Tula, Aztlán, Tikal y otros centros urbanos, siglos antes de la presencia española, sólo puede explicarse como resultado de epidemias precolombinas con una mortalidad similar a las ocurridas durante la conquista de América.

En lo tocante al período poscolombino, tal como se indicara, la población indígena americana sufrió un enorme desastre demográfico tras el descubrimiento del “Nuevo Mundo”, del cual se culpaba a la viruela, aunque ahora se sabe que esta enfermedad no fue introducida en Santo Domingo hasta 1518, fecha en que apenas quedaban 15.600 indígenas de cerca de 3.770.000 que originalmente vivían en las Antillas; por lo tanto, existió durante ese cuarto de siglo, de 1492 a 1518, otra causa de la mortalidad silenciosa de grandes núcleos humanos en el continente americano, pudiendo hoy afirmarse que la gran mortalidad de los indios, y previamente de los españoles, se debió a una epidemia de influenza suina o gripe del cerdo³, sin dejar de advertir que la influenza originalmente procedía de Asia, como la viruela y la fiebre amarilla vinieron de África, continentes sobre los cuales también se puede estudiar largamente los efectos y consecuencias de terribles pandemias.

Como se puede apreciar de este sucinto *racconto*, la peste y el devenir humano siempre se encontraron en algún momento, sirviendo incluso aquella de tinta roja para escribir muchos de los pasajes de la historia universal, razón de grandes dramas y punto de partida de épicos progresos de la humanidad.

Al respecto, podemos recordar que las grandes epidemias del siglo XIV y XV fueron generadoras de enormes tensiones sociales, crisis y guerras, apareciendo en 1347 la más letal epidemia que conocería el Medievo europeo, la peste negra, que dejó un rastro inaudito de muerte y miseria, pero también otras epidemias de malaria, cólera, tifus o lepra. A su vez, estos estragos contribuyeron al desarrollo de la prevención sanitaria y al debilitamiento del feudalismo, propiciando la acumulación de capitales en manos de la burguesía y proyectando sobre la sensibilidad colectiva un sentido laico de la muerte, inclinando a los hombres hacia el bienestar y la prosperidad terrenas, dejando para occidente inventos tan significativos como el papel, el reloj mecánico, la aplicación de la pólvora a las armas de fuego, los altos hornos, la imprenta o el sistema de biela-manivela, que tantos usos tendría, además de innumerables innovaciones en la navegación y la cartografía.

Ya más cerca de nuestro tiempo, siguiendo a Peter Baker en sus publicaciones en *The Guardian*, nos recuerda un puñado de antecedentes tales como que la epidemia global de gripe de 1918 ayudó a crear los servicios nacionales de salud en varios países europeos o las crisis gemelas de la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, que,

³ Guerra, Francisco, *Origen de las epidemias en la conquista de América*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, Quinto centenario, núm. 14, Edit. Univ. Complutense, 1988.

aun sin ser pestes, sentaron las bases para el moderno “estado de bienestar”, o que tras el desastre de Fukushima de 2011, la canciller alemana, Angela Merkel, haya decidido –de repente– que Alemania dejaría de apoyarse en la energía nuclear. Ello nos permite argumentar que, en las emergencias, no solo lo malo se revela como aún peor, ni la gente se vuelve solamente suspicaz y egoísta, los desastres también abrieron las reservas humanas de improvisación, creatividad, solidaridad y decisión, incluso en medio del dolor y la pérdida.

En esta ocasión toca en suerte que seamos nosotros los protagonistas y los responsables de enfrentar una nueva peste, la del COVID-19, la que se presenta con ribetes propios, al tratarse de un fenómeno a nivel planetario y de gran escala, pudiendo asegurarse que nunca antes se vivió con la velocidad, características y forma con que se presenta esta primera epidemia *on line* que comenzó a fines de 2019, y que está demostrando que hasta lo más sólido en apariencia puede cambiar en un instante, sobre todo si tenemos en cuenta que antes de la llegada de esta peste, definitivamente, vivíamos tiempos maximalistas, centrífugos, exorbitantes, desmedidos, de contrastes, en una suerte de exultación planetaria con límites difusos –o sin ellos– en lo espacial y temporal, en una sociedad un tanto soberbia, de consumo de bienes y de información que se movía a velocidad de vértigo y a la que la peste le aplicó un súbito freno de mano global y simultáneo.

En ese sentido encontramos razones centrales que diferencian la actual crisis, que se transmite “en vivo”, con cualquier otra vivida con anterioridad por la humanidad, las que tenían mayormente un efecto local; dado que vivimos hoy en un mundo globalizado e hiperconectado de modo físico y electrónico, con conceptos totalmente nuevos que relativizan las percepciones de distancia y tiempo, con el eje del poder real desplazándose de sus aposentos tradicionales hacia lugares aún desconocidos y opacos, con comunicaciones en etapa ya de Quinta Generación (5G) que se mueven a la velocidad de la luz y llegan en fracciones de segundos a nuestros ojos y también salen con la misma rapidez de la punta de nuestro pulgares desde las pantallas de nuestros teléfonos inteligentes a cualquier rincón del planeta a través de una eficiente telaraña de satélites y fibra óptica; donde las personas se pueden desplazar físicamente a altas velocidades por trenes y aviones, y donde las fronteras nacionales quedaron reducidas a meras líneas demarcadoras de Estados decimonónicos que se creían modernos pero que todavía no logran entender la realidad que los desborda, a la que no consiguen adaptarse, no alcanzan a regular y menos aún logran efectivamente gobernar.

A su vez, todo el fenómeno actual, antes descrito, sucede en un momento de yuxtaposición de generaciones que son marcadamente diferentes entre sí en su base comunicacional y diversas entre lo analógico y lo digital. También, nuestra clase dirigenial, tanto privada como pública, está compuesta aún por algunos *Baby Boomers*, por los “Generación X” y se cuenta también ya con “Millennials”, a los que en breve se irán sumando los “Generación Z”, cuya forma de percibir la realidad es diametralmente diferente a la de sus propios abuelos, siendo este un fenómeno también inédito y desconocido, al que no debemos perder de vista en ningún análisis de nuestra realidad, so pena de errar en cualquier diagnóstico.

Por su parte, todo este nuevo fenómeno pandémico se presenta en un momento en que la tecnología está transformando profundamente nuestra existencia, alterando la forma en que vivimos y trabajamos en una escala fundamentalmente asombrosa. Ello nos lleva a reflexionar que recorrimos ya diferentes estadios de evolución desde los albores de la aparición del concepto de revolución industrial. En tal sentido, la Primera Revolución Industrial estuvo basada en el vapor convertido en energía; la Segunda Revolución Industrial consistió en una era de la ciencia y la producción masiva alimentada por la electricidad; la Tercera Revolución Industrial estuvo fomentada por la computación y las tecnologías digitales; y estamos ya inmersos de lleno en la siguiente fase de una expansión tecnológica drástica, la Cuarta Revolución Industrial, resultado del efecto combinatorio de innovaciones como la robótica, la cadena de bloques (*blockchain*), el cómputo en la nube, realidad virtual y aumentada, las redes sociales, la movilidad, impresiones en 3D, nuevos materiales, el Internet de las Cosas (IoT) y la Inteligencia Artificial (IA), en conjunto con una mayor capacidad informática, generación de algoritmos usados en análisis predictivos y una mayor cantidad de datos (Big Data), a la par de nuevas y potentes formas de transmisión, almacenamiento y captura de energía.

En su libro sobre la Cuarta Revolución Industrial, el Dr. Klaus Schwab la describe así: “Comenzó a principios de este siglo y tuvo como base la revolución digital. Está caracterizada por un Internet mucho más móvil y mundial, por sensores más pequeños y más potentes, y por inteligencia artificial y aprendizaje automático”⁴.

Lo antes expuesto nos lleva a vislumbrar ya la denominada “singularidad tecnológica”, entendida ésta como el advenimiento hipotético pero altamente probable de inteligencia artificial general (*strong AI*), lo que implica que un equipo de cómputo o red informática podrían ser capaces de automejorarse recursivamente, o en el diseño y construcción de computadoras, redes o robots mejores que ellos mismos⁵ y que a través de repeticiones de este ciclo probablemente darían lugar a un efecto de explosión de inteligencia⁶, donde las máquinas inteligentes podrían diseñar generaciones de máquinas sucesivamente más potentes, lo que podría dar lugar a la creación de inteligencia muy superior a la capacidad intelectual humana, e incluso hasta fuera ya de su control⁷.

No caben dudas ya que el momento que nos toca vivir es muy particular y se diferencia extremadamente de otras pestes conocidas en la historia, ya que las situaciones de confinamiento social, obligatorias o autoimpuestas, sumadas a la disponibilidad—de gran parte de la población—de acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC’s), llevaron a

⁴ “The Fourth Industrial Revolution”, by Klaus Schwab, Founder and Executive Chairman of the World Economic Forum, Amazon Hardcover, January 3, 2017.

⁵ Chalmers, David, “Singularity, Intelligence Explosion”, 8 de abril de 2010. Singularity Institute for Artificial Intelligence.

⁶ Editor’s Blog Why an Intelligence Explosion is Probable, by Richard Loosemore and Ben Goertzel, March 7, 2011; hplusmagazine.

⁷ Carvalko, Joseph, *The Techno-human Shell-A Jump in the Evolutionary Gap*, Sunbury Press, 2012, ISBN 978-1620061657.

experimentar un aislamiento que alcanzó casi exclusivamente al aspecto físico de las personas, pues el acceso a la información más global que local se vio incluso aumentado, juntamente con la interacción informática a través de redes y plataformas existentes que se revalorizaron o que rápidamente se improvisaron con mayor o menor éxito, generando fenómenos bipolares poco antes experimentados a gran escala social.

Vivimos en un momento muy peculiar, en el que nuestro mundo se ve conmovido en su propia base de sustentación a nivel sanitario, ambiental, económico, social y político, lo que pone en serio riesgo su continuidad, tal y como lo conocimos hasta principios de 2020, por lo que –en gran medida– deberá ceder paso a una diversa o desemejante “nueva normalidad”, siendo este un concepto aún indeterminado que se irá definiendo y surgirá a medida que la peste vaya cumpliendo su ciclo, hasta llegar a su fin, como tantas veces lo hizo en la historia.

En el sentido expuesto, se puede afirmar que todo este fenómeno disruptivo está generando efectos, tanto a nivel micro cuanto a nivel macro; que torna imperiosamente necesario pensar en la implementación de distintos tipos de soluciones, entre las que no pueden faltar las de orden jurídico, tanto para el momento de la crisis, cuanto para la etapa de salida y posterior cristalización de un nuevo escenario, el que en poco tiempo más va a ser dado a luz y que se impondrá en el nuevo orden mundial, razón por la cual, en este trabajo se intentará reflexionar brevemente sólo sobre algunas figuras y temas puntuales, como así también se intentará explorar algunas líneas disparadoras de discusiones e investigaciones futuras, las que –por el carácter que les asigno– pueden aparecer como algo desarticuladas.

II. *PACTA SERVANDA SUNT, QUATENUS REBUS SIC STANTIBUS*

Recurrir a los principios generales es, casi siempre, una buena técnica para iniciar el análisis de cualquier cuestión y en especial las jurídicas, aún en tiempos de exaltación tecnológica; como así también lo es recurrir a lo clásico, es decir, a aquello que sigue presente luego de haber vencido el impiadoso escrutinio del tiempo y por haberse perfeccionado luego de atravesar varias pandemias de todo tipo.

En tal sentido, para estos tiempos de crisis, en que entra en tensión la continuidad con el cambio, principiaré este breve análisis recurriendo al viejo brocardo latino que reza: *pacta servanda sunt, quatenus rebus sic stantibus*, intentando que ello sirva de punto de apoyo y de partida, entendiendo esta expresión en el sentido de que “los acuerdos deben ser cumplidos, en la medida que se mantengan las mismas circunstancias existentes al momento de su constitución”. Para ello, analizaremos la frase en sus dos partes.

a) *Pacta servanda sunt*

En una aproximación al tema, observamos la presencia de este axioma latino en Paulo: *Digesto*, 23, 4, 5, 1: *pacta servanda sunt* (los pactos han de observarse), en el Código de Justiniano, 2, 3, 12 del año 230: *pacta novissima servari oportere* (los pactos

más recientes han de cumplirse), como así también que la obligación de cumplir los pactos se encuentra incluida en el Edicto del Pretor: Ulpiano: *Digesto*, 2, 14, 7, 7: *Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo* (Dice el Pretor: mantendré los pactos contraídos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos). Se conoce también un edicto de la época republicana: Cicerón, en *De Officiis*, 3, 92, 7, *Pacta et promissa semperne servanda sint* (los pactos y promesas han de cumplirse siempre) y en *Rhetorica ad Herennium*, 2, 20, *Pacta sunt, quae legibus observanda sunt* (los pactos y las leyes han de cumplirse)⁸.

A la luz de este principio, tal como enseña Picod, se considera tradicionalmente que el aforismo *pacta servanda sunt* requiere de cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida es individual de cada persona, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, aun cuando su eje fue moviéndose –con el tiempo– hacia criterios más afines a la autonomía del poder económico y a contenidos sociales⁹.

Como puede observarse, y sin que el criterio a seguir pueda estar libre de discusión, entiendo que el viejo concepto privatista de *pacta servanda sunt*, si bien tiene raigambre contractualista y consensual, también resulta de aplicación para aquellas figuras normativas –originalmente unilaterales– que son impuestas por el poder político y aceptadas legítimamente en una sociedad organizada y, por lo tanto, la influencia del axioma es tan potente en el derecho privado cuanto en el mundo del más joven y aún adolescente –pero siempre poderoso– derecho público, que como *ius in fieri* o como un derecho en formación, necesita abreviar de añejas y nobles fuentes como la del derecho romano, adquiriendo una identidad propia en virtud de sus especiales reglas y prerrogativas, generando que sus efectos no sólo sean éticamente deseables sino también jurídicamente exigibles.

Por lo tanto, este principio de *pacta servanda sunt*, generador de confianza legítima, aceptado desde antiguo en el mundo del derecho privado, deber ser especialmente cuidado y protegido hoy en el ejercicio de la función administrativa de un Estado que quiera estar acorde con los estándares mínimos que requiere la mundialización que vivimos en la era digital, sirviendo así de pauta para interpretar y conciliar las relaciones y situaciones jurídicas cuando se han creado genuinas expectativas en un Estado de Derecho o *rule of law* donde se respeten los compromisos adquiridos y donde se garanticen la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas en un ámbito de seguridad jurídica, ya que de no generarse ésta se atentaría contra el mismo desarrollo de las operaciones que las nuevas tecnologías brindan, y donde la confianza –que se pretende– juega un rol cada vez más protagónico.

⁸ Diccionario de Español Jurídico de la RAE.

⁹ Picod, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.

Ahora bien, el afán del *pacta sunt servanda*, que como se expresó no solo abarca a las relaciones privadas sino que también se extiende a las típicas manifestaciones de la actividad iuspublicista de actos, hechos, reglamentos y contratos administrativos, tiene plena justificación y es de aplicación constante en circunstancias que podríamos denominar “normales” o de mantenimiento constante del *status quo*, pero ellas pueden llegar a un punto de fractura cuando se producen circunstancias que exorbitan la “normalidad” y que pueden conducir a consecuencias excesivamente gravosas y hasta disvaliosas para algunos de los sujetos, e incluso para todos.

Por la razón antes expuesta, en todo momento, pero especialmente en momentos excepcionales tales como una pandemia global como el COVID-19, corresponde identificar las situaciones verdaderamente excepcionales, distándolas de las coyunturas que puedan ser inusuales no disruptivas y buscar simultáneamente soluciones apropiadas para dar fundamentos jurídicos a las facultades de revisión o resolución del “pacta” –de la naturaleza que fuera– frente a la regla primeramente expuesta, utilizando como herramientas la doctrina, la jurisprudencia, la política legislativa, la función administrativa activa y sin dejar de lado el tantas veces obviado sentido común.

b) Rebus sic stantibus

Como respuesta a la máxima o principio rector que veníamos analizando del *pacta servanda sunt* y como válvula de escape para mitigar su rigor frente a situaciones de presión extrema disruptiva, aparece con valor, y en su auxilio, la cláusula *rebus sic stantibus*, la que cobra en estos días de COVID-19 una enorme actualidad.

Al respecto, se puede observar que esta idea también estaba ya presente en el derecho romano (Paulo: *Digesto* 4511402 Cicerón: *De Officiis* 1, 16, 32, o Séneca: *De Beneficiis* 4, 34, 3 y 4, entre numerosas fuentes jurídicas y literarias), aunque tiene su desarrollo con más vigor en la práctica forense medieval, sobre la base conceptual de que la obligación puede modificarse si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su constitución. Así, esta excepción se presenta con distintas formulaciones: *rebus sic stantibus et aliquid novo non emergentibus* (estando así las cosas y no surgiendo algo nuevo); *rebus sic stantibus omnis promissio intellegitur* (en toda promesa se sobreentiende el cumplimiento siempre que sigan así las cosas); también se predica de la *conventio* y del *contractus*; *contractus qui habent tractus su ivus vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (la subsistencia de la obligación depende de la subsistencia de las circunstancias)¹⁰.

Por lo tanto, esta cláusula se activa cuando se ha producido una alteración extraordinaria entre las circunstancias existentes en el momento de la asunción o generación de obligaciones y el de su cumplimiento, esto es, cuando concurre una desproporción desmesurada como consecuencia de circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles.

¹⁰ Diccionario de Español Jurídico de la RAE.

En ese sentido se hace notar que la aplicación de esta cláusula *rebus sic stantibus*, resulta como un remedio al desequilibrio de las obligaciones o de sus prestaciones por causas sobrevenidas y debe ser interpretada e instrumentada a la luz de la *aequitas*¹¹, entendida ésta como justicia, equidad, conformidad, proporcionalidad, simetría y que en la antigua Roma hacía referencia al concepto de trato justo entre individuos, teniendo en cuenta que esta fórmula tiene naturaleza restrictiva, ya que con ella se afecta directamente al principio general rector del *pacta servanda sunt* y –por ende– a otra regla basal del sistema, que es la de seguridad jurídica.

En consecuencia, este complemento sólo puede activarse ante alteraciones excepcionalmente extraordinarias de circunstancias graves, imprevistas e imprevisibles, que generen desproporciones exorbitantes, ya que no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o cualquier agravación de la prestación debida para aplicar esta figura.

La entidad del cambio de situación indicará si la obligación será cumplible o incumplible en los términos originales, lo que –a su vez– se proyectará sobre su exigibilidad o grado de ella y consecuentemente a analizar si procede, o bien resolver, cuando no sea posible establecer de otra forma el equilibrio jurídico, o bien modificar las condiciones, acomodando las obligaciones a las circunstancias concurrentes al tiempo de la crisis, tratando siempre de llegar a una solución previa al momento en que hubiera sido exigible la obligación afectada en sus términos primigenios.

Ello, por cuanto lo esperado en situaciones de normalidad es el mantenimiento del *status quo*, pero sólo será así en la medida de que sea fáctica y jurídicamente posible, por lo que cabe preguntarnos –ante lo acaecido y lo que está por venir– si las obligaciones surgidas en condiciones de normalidad, de manifestaciones bilaterales y unilaterales, tanto públicas como privadas, podrán seguir la línea del aforismo *pacta servanda sunt*, o activarán el *rebus sic stantibus* en los casos de un sinnúmero de obligaciones que no se van a poder cumplir, o ello al menos hasta que no haya pasado un cierto tiempo desde la terminación de la pandemia y se haya producido la superación definitiva del fenómeno, con vuelta a la nueva normalidad.

En virtud de lo antes expuesto, en caso de no lograrse una solución en forma ordenada y, en su caso, consensuada frente a la fenomenal crisis económica que con certeza ya nos está alcanzando, tendremos que establecer –con la mayor premura posible– un sistema ágil de resolución de conflictos de orden principalmente judicial, arbitral, administrativo y hasta legislativo, que en aplicación del principio *rebus sic stantibus* permita adecuar las obligaciones y relaciones a las circunstancias pandémicas y pospandémicas, que en mucho pueden diferir de las existentes al momento de su génesis.

¹¹ Cicerón definió *aequitas* como “tripartita”: La primera, dijo, pertenecía a los dioses (*ad superos deos*) y es equivalentes a *pietas*, obligación religiosa; la segunda, a los *manes*, al mundo de los espíritus, y era *sanctitas*, aquello que es sagrado; y la tercera, perteneciente a los seres humanos (*homines*), que es *iustitia*, justicia.

Como puede apreciarse, en tiempos de COVID-19, esta figura puede mostrarnos toda su valía y convertirse, como tantas otras veces lo hizo en la historia, en una importante herramienta que se activa en momentos de crisis para permitir un *soft landing* y para que a través de ese aterrizaje pausado y gradual se encamine una nueva normalidad del *pacta servanda sunt*, oportunidad en la que el *rebus sic stantibus* volverá a sus cuarteles, en espera y en guardia, para servir en las próximas crisis y emergencias.

III. COVID-19, ESTADO Y SITUACIÓN DE EMERGENCIA

a) Nuestra quimera, de la cual quizás nunca sabremos a ciencia cierta su verdadero origen, tiene un personaje central, un virus, cuyo nombre es COVID-19, el que se forma tomando letras de las palabras “corona”, “virus” y “*disease*” (enfermedad en inglés), a su vez, “19” representando el año en que surgió, y momento en el que el brote fuera informado, por otro de los actores de la trama, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 31 de diciembre de 2019, designándose también con ese nombre a la enfermedad que causa. Por su parte, a este virus, el Comité Internacional de Taxonomía de Virus (ICTV, por sus siglas en inglés) lo llamó SARS-CoV-2, como un miembro de la familia de otros virus que fueron detectados antes, los SARS-CoV, dejando en claro que este era un virus totalmente nuevo, pero incluido dentro de la categoría taxonómica de los *Coronaviridae*, CoV, o Coronavirus, llamado así por las extensiones que lleva encima de su núcleo, las que se asemejan a la corona solar, habiendo sido revelado su descubrimiento en la revista *Nature* en 1968, caracterizándose principalmente por causar afecciones respiratorias (como el síndrome respiratorio agudo grave, SARS por sus siglas en inglés).

El virus se fue extendiendo muy rápidamente por todo el mundo, lo que llevó a la OMS a declarar, primero, una “emergencia de salud pública de preocupación internacional” el 30 de enero de 2020, para luego –a través de su Director General, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus– anunciar el 11 de marzo de 2020 que la nueva enfermedad causada por el coronavirus 2019 (COVID-19) podía caracterizarse como una pandemia, habiendo expresado que la OMS estuvo evaluando el brote, lo que los llevó a estar profundamente preocupados, tanto por los niveles alarmantes de propagación y gravedad, como por los niveles alarmantes de inacción hasta ese momento.

Tal caracterización de pandemia significa que la epidemia del COVID-19 se ha extendido ya por la mayoría de países, continentes y casi todo el mundo, y que afecta a un gran número de personas, habiendo hecho notar el Director General de la OMS, la importancia del uso correcto de la terminología, al expresar que “pandemia no es una palabra para usar a la ligera o descuidadamente. Es una palabra que, si se usa incorrectamente, puede causar un miedo irrazonable o una aceptación injustificada de que la lucha ha terminado, lo que lleva a sufrimiento y muerte innecesarios”.

Puede afirmarse –entonces– que con la propagación veloz y extensiva del COVID-19, se presentó una situación súbita, de extrema excepcionalidad, la que ya puede ser catalogada como un hecho histórico de la humanidad, por la influencia decisiva que tendrá sobre la historia y a la que los especialistas en el futuro seguramente ubicarán junto a otros ejemplos

de hechos históricos, tales como la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789, la caída de la bolsa de Wall Street en 1929 o el atentado a las Torres Gemelas en 2001.

Sabemos que los hechos históricos forman parte, a su vez, de un proceso histórico, donde los hechos son consecuencia de otros hechos anteriores, y también es la causa de otros hechos posteriores, tal como la toma de la Bastilla se integra en un proceso histórico particular como lo es la Revolución Francesa; pues así también este virus ha puesto al desnudo serías falencias de todo tipo a escala mundial y está generando consecuencias entre las cuales encontramos la necesidad de tomar medidas para enfrentarlo, momento en el cual pasa a tomar protagonismo la figura que trataremos a continuación.

b) En este punto aparece el segundo gran personaje central de esta historia contemporánea: el “Estado”, figura sobre la que tanto y tan bien se ha tratado desde Georg Jellinek, a Hermann Heller o a la escuela de Hans Kelsen, de Carl Schmitt hasta las más recientes doctrinas de Laski, Duverger, Battaglia, Maritain, Dabin, Bourdieu y otras originales posiciones como las de David Easton o Leo Strauss, resultando útil seguir algunas líneas de debate planteadas por Garita Alonso¹².

Aun cuando la realización de un análisis de la situación actual del concepto, alcance y roles de esta figura política por excelencia, excede con creces la finalidad de este trabajo, en un mundo que enfrenta una pandemia de escala planetaria, pocas realidades tienen una importancia actual tan grande como la del Estado.

Para bien o para mal el Estado representa un papel de primera magnitud en la vida del hombre contemporáneo, y su presencia se hace sentir decisivamente en la realización de su destino, por lo que su protagonismo merece algunas reflexiones, imprescindibles para estos momentos en que su presencia vive una etapa de renacimiento y su acción cuasi monopólica en muchos campos se ve repotenciada a escala mundial, generando un fenómeno novedoso, al menos en tiempos de paz o de no guerra.

En tal sentido, el Estado, que originariamente era una forma política europea, se ha extendido hoy, con una u otra modalidad, a todo el orbe, pudiendo afirmarse que, si a cualquier ser humano le es dado pertenecer o no pertenecer a ciertas organizaciones, a nadie le es dable no estar sometido a un Estado. De igual modo que en la época feudal se decía ningún hombre sin señor, puede decirse ahora ningún hombre sin su Estado, el cual se muestra, así, como una condición de la existencia humana, ya sea como mero súbdito o –en el mejor de los casos– en condición de ciudadano.

Así, un rápido vistazo a la situación política mundial nos permite darnos cuenta de cómo hoy el Estado, cualquiera sea el régimen político que se trate, interviene decisivamente en casi todos los aspectos temporales de la vida humana: no hay prácticamente campo de la actividad del hombre contemporáneo en el que el Estado no tenga una intervención importante y a veces decisiva, lo que no deja de generar tensiones inquietantes. Ello sucede

¹² Garita Alonso, Miguel Ángel, *Una visión del Estado contemporáneo*, México DF, Cultura Jurídica, Facultad de Derecho, Ed. Creativa Impresores, febrero de 2011.

tanto en un continente como en otro, en potencias altamente desarrolladas como los Estados Unidos de América, Alemania, la Federación Rusa o la República Popular China, que en un pueblo semifeudal, la política seguida por cada Estado en el campo económico, cultural o moral, puede abrir a su pueblo las puertas del bienestar y la prosperidad o sumirlo en los abismos de la desesperación y la ruina.

Por lo tanto, no hay que perder de vista entonces que el Estado como organización o poder público institucional, no es ni más ni menos que una creación social, que tiene como finalidad la realización del bien común, a través de su poder coactivo que constituye una unidad de decisión y acción cuya función es transformar, mediante unos procedimientos racionales, una pluralidad de acciones humanas y de recursos de distinto género en unos resultados unitarios, mostrándose hasta hoy como la única forma de organización de la fuerza capaz de desplegar las capacidades humanas fundamentales, de sobreponerse a la agresividad, al egoísmo humano y realizar comunitariamente un sentido, asumiendo las medidas necesarias para la existencia y preservación de la sociedad misma¹³ e incluso actuando subsidiariamente cuando ésta no pueda satisfacerse espontáneamente por sí misma.

De manera que, en estos tiempos pandémicos, todo indica que el concepto y la realidad del Estado recobró vigor y no va a desaparecer de la vida social durante muchos años, ya que está demostrando ser el único ente que cuenta con la capacidad humana y recursos –tanto materiales como humanos y financieros– para enfrentar y pilotar semejante situación. Ello a pesar de que, con el inicio del siglo XXI y el surgimiento de un nuevo orden internacional, se hayan puesto en duda conceptos generados desde la Paz de Westfalia, tales como el de soberanía y de Estado-Nación, y que fenómenos como la globalización o el privatismo hayan llevado a algunos estudiosos de la materia a determinar que el Estado, como ente jurídico-político, tendía a desaparecer¹⁴, por la cesión o disminución de sus facultades en favor de entes externos, tales como organismos supranacionales u organizaciones internacionales, los que –en la realidad y en líneas generales– están dejando mucho que desear en esta crisis, tanto más en lo político cuanto que en lo técnico.

Siendo así, en vista del fortalecimiento de los poderes locales frente al hecho histórico del ataque invisible del COVID-19 y habiendo asumido el Estado la misión de conducir el proceso de defensa del grupo humano que lo conforma, muy probablemente las próximas generaciones continuarán viviendo en el marco de esta organización jurídica política que es el Estado, en cuanto ente creado para proteger el desarrollo normal y racional de las comunidades humanas, antes que para proteger los intereses particulares.

c) Luego de tratar de manera somera la aparición del COVID-19 y la actual situación tonificada de Estado, llegamos aquí al punto donde ambos fenómenos se cruzan, produciendo una lógica reacción del poder estatal, la cual –a su vez– no es de modo alguno uniforme ni monocorde, quedando demostrado que no existe una hoja de ruta única.

¹³ Obra citada de Miguel Ángel Garita Alonso.

¹⁴ Wolf, Martin, “Will the Nation-State survive Globalization?”, *Foreign Affairs*, Jan/Feb 2001, p. 184.

Las respuestas que fueron dando los distintos Estados se diferencian entre sí por la oportunidad, formas, estilos e intensidad, dependiendo –en gran medida– la estrategia seguida de la cosmovisión político-filosófica de cada uno de ellos, de la orientación ideológica de sus actuales gobernantes, como así también de la disponibilidad de los recursos materiales y humanos con los que cada cual cuenta. Sin perjuicio de ello, encontramos como denominador común, que la situación terminó siendo considerada paulatinamente grave por todos los Estados, lo que dio y sigue dando andamiaje para el dictado de normas y medidas, muchas de las cuales cabe considerarlas dictadas en situación de “emergencia”, lo que implica que ciertas facultades que en un Estado en situación de normalidad suelen funcionar con cierta burocracia, *checks and balances* y controles cruzados, sean simplificadas para tomar decisiones, generando la posibilidad de que los órganos ejecutivos estatales tomen decisiones por órdenes o decretos administrativos sin la necesidad, por ejemplo, del dictado de leyes.

Más allá de no poder aun mensurar –en toda su extensión– los efectos de la aparición repentina de este fenómeno pandémico, como así también sin saber aún percibir si la reacción de los Estados frente a la situación fue sobreactuada, subactuada o bien la adecuada, sí es dable asegurar que, en pocos meses desde su aparición, ya se generaron transformaciones y efectos a escala mundial que en décadas no se hubieran podido concretar si el *status quo* no hubiera sido alterado tan abruptamente. Baste para ello sólo pensar en el vacío que se produjo en las calles de las grandes ciudades del mundo, en la revaloración del teletrabajo y del *e-learning*, en la ausencia de aviones en los cielos, vehículos en las rutas y barcos en los mares, en la planificación de los rescates económicos más grandes de la historia, en la suspensión generalizada de actividades a escala mundial, en la reducción generalizada de la contaminación ambiental, el descenso de generación de gases de efecto invernaderos, en la baja abrupta de consumo de combustibles fósiles, entre otros tantos fenómenos sincrónicos a escala planetaria nunca antes vistos.

Asimismo, se puede ya observar un impacto económico directo generado por la epidemia COVID-19 y las subsiguientes medidas estatales sobre el patrón productivo, que se convirtieron en detonantes de la irrupción de problemas estructurales acumulados por la economía, a tal punto que la deuda del hemisferio occidental acumulada –hasta un 300 % del PIB– podría incrementarse este mismo año 2020, según algunas estimaciones, hasta el 340 % o 350 %¹⁵, financiándose dicho endeudamiento mediante el apoyo directo o indirecto de los bancos centrales. Por su parte, China sufrió un importante aumento de la inflación, mayor a la de los últimos nueve años, sobre todo en alimentos; se paralizó gran parte de su producción industrial como consecuencia de los cierres y los confinamientos, lo que se enlaza con el aún mayor descenso en las ventas al por menor. De todo lo anterior se deriva la disminución de exportaciones, lo que supone un golpe fuerte para la economía china que, cabe remarcar, está entre las dos más grandes del mundo, siendo además China el primer socio comercial de al menos 144 países de todo el planeta.

¹⁵ 342 %, según estimaciones del IIF - Instituto Internacional de Finanzas.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo estimó que unas 1500 millones de personas, casi la mitad de la fuerza de trabajo formal en el mundo, podrían perder sus trabajos debido a la crisis provocada por el COVID-19 y por las consecuentes decisiones tomadas por los Estados. Además, la OIT elevó sus proyecciones de pérdidas de puesto de trabajo a 305 millones solamente en el segundo trimestre de 2020, mientras sigue la relajación gradual de las cuarentenas en distintos países, lo que implica la pérdida de un 10,5 % de las horas de trabajo en el planeta, estimando que América será la más perjudicada con una pérdida del 12,4 % de las horas de trabajo, seguida de Europa con un 11,8 %, mientras que en el resto de territorios se superaría el 9 %. Asimismo, en su tercer informe del corriente año, el organismo con sede en Ginebra que reúne a gobiernos, empresas y sindicatos, calcula que unos 232 millones de comercios mayoristas y minoristas, 111 millones del sector turístico, 51 millones de la rama hotelera y 42 millones en otras actividades (como la inmobiliaria), están en serio peligro de cierre¹⁶, generando especial preocupación el impacto negativo que tendrá el fenómeno en la economía informal, de la que viven más de la mitad de los trabajadores del mundo; por lo que la OIT estima que 1300 millones de personas “corren peligro inminente de ver desaparecer sus fuentes de sustento”. Siendo esto una prueba acabada de la gravedad de la situación y su seria entidad como generadora de emergencia.

Como se dijera con anterioridad, la orientación y los criterios con los que se manejó la crisis varían de país en país, dando a cada caso un cariz diferenciador, destacándose dos grandes modelos, el asiático y el occidental, los que se presentan como polos diferentes a nivel mundial, aun cuando ambos sean hoy capitalistas y donde el resto de los casos se asimilan más o menos a una u otra matriz.

Así, en China, los valores de orden, jerarquía y obligación mutua que definen su cultura siguen siendo tan atractivos en el siglo XXI como lo fueron en el siglo V a.C., tiene al “confucianismo”, como base de su sistema ético de comportamiento y gobierno. Confucio pone como centro de sus planteamientos un análisis político, fundamentado en una teoría del cuidado de sí (ética) y el cuidado del otro (política), considerando que el orden es un requisito clave en la sociedad y que apuntalar ese orden es creer en la importancia de las relaciones jerárquicas, debiendo los sujetos obedecer a sus gobernantes. Sin embargo, Confucio no pretendía que ese orden fuera impuesto por la fuerza, ya que en el centro del confucianismo hay un contrato social, donde los gobernados les debían lealtad a los gobernantes, pero los gobernantes que no cuidaban el bienestar del pueblo perdían “el mandato del cielo” y podían ser derrocados justamente¹⁷. Tal espíritu se encontró también presente en el programa económico llamado “Socialismo con características chinas”, en la Reforma Económica en la República Popular China, que se inició el 18 de diciembre de 1978 por los reformistas dentro del Partido Comunista (PCCh), dirigidos por Deng Xiaoping, el que tenía como meta transformar a la economía planificada de China en una economía socialista de mercado de primer orden mundial.

¹⁶ Según el informe del Director General de la OIT, Guy Ryder.

¹⁷ “Oriente vs. Occidente. Un acercamiento al pensamiento filosófico oriental”, Medellín-Colombia, ISSN 0122-9168, No. 8, enero-diciembre, 2011, pp. 79-96 (Pensamiento Humanista).

El modelo chino, al que podemos denominar con cierto riesgo de generalización como modelo asiático, es el de una sociedad disciplinaria, donde las personas perciben la restricción de derechos individuales como el cumplimiento de deberes colectivos, con una fuerte intervención Estatal y con una economía dirigida.

El modelo antes descrito contrasta en esencia con el modelo generalmente imperante en occidente, basado en el pensamiento liberal que, como doctrina de filosofía política, presenta como aspecto fundamental la defensa de la libertad individual y de la iniciativa privada, limitando así las potestades del Estado y sus poderes públicos en el ejercicio social, económico y cultural de las sociedades, con fundamento en el Estado de Derecho, anteponiendo los derechos y libertades individuales por encima de los colectivos, dado que considera al individuo como persona única, primordial y en pleno ejercicio de sus libertades propias. En este modelo se valora a los seres humanos como entes racionales, y como tales, poseen derechos inalienables y la capacidad de elegir por sí mismos, lo que se traduce en el derecho de llevar la vida privada tal y como lo prefieran, amparados en los tres “derechos naturales” de John Locke: vida, libertad y propiedad privada.

En este punto cabe recordar una vez más que la pandemia del COVID-19 es un hecho y, como tal –al igual que el virus– carece de voluntad y de ideología, por lo que los reales efectos jurídicos que se vayan produciendo serán fundamentalmente provocados por las medidas que tomen los Estados, ello de acuerdo a la posición política que asuman sus gobiernos frente a la crisis, siendo además –estos mismos Estados– los que a la postre serán responsables por el éxito o el fracaso de las medidas que implementen.

En ese sentido, podemos observar que China implementó con muchísima rapidez drásticas medidas, comenzó cerrando Wuhan para evitar la exportación de contagios. Después vino la cuarentena de 1.400 millones de habitantes en sus hogares, controles de tráfico, cancelación de actos multitudinarios y de cualquier actividad grupal, miles de controles de detección del virus en calles y edificios, el lavado de billetes y la puesta en marcha de casi 2.000 equipos profesionales epidemiológicos. Estas medidas restrictivas son tomadas por muchos como la “fórmula de éxito”, ya que tres meses después del brote inicial, China logró contener la propagación del coronavirus, a tal punto que el propio director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS) llegó a instar a los países afectados a buscar soluciones para detener la propagación siguiendo el ejemplo de China¹⁸.

El hito conseguido por China tiene explicación: una cosmovisión basada en el confucianismo, un régimen político comunista y la aplicación de lo que algunos estiman como normas básicas y viejas de salud pública, con un rigor nunca antes visto en la historia; básicamente, lo que han hecho es encontrar los casos de contagio, los han aislado y han aplicado limitaciones de movimiento, siendo esencial la restricción “estricta” de movilidad en Wuhan, el cierre de fábricas y la reanudación ordenada de la producción, el uso de microdatos para encontrar cada foco y seguirlo a través de las tecnologías digitales, un tratamiento científico “muy ágil” y el acondicionamiento de hospitales especializados en la lucha contra el COVID-19¹⁹.

¹⁸ Tedros Adhanom: “La experiencia nos ha demostrado que este no es un camino de un único sentido” (OMS).

¹⁹ Bruce Aylward, Informe del líder de la misión de expertos de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por su parte, aun cuando Europa siga siendo el corazón del occidente, se puede observar que allí se han desplegado muchas decisiones de fuerte intervención. Así, advertimos que, por ejemplo en España, se han tomado algunas de las medidas más drásticas de la Unión Europea, en orden al confinamiento de la población, ello en comparación con países como Francia, Bélgica o Italia, habiéndose dispuesto desde el Estado el cese de todas aquellas actividades no esenciales con el objetivo de mitigar de manera rápida los contagios, evitando que el trabajo sea un lugar de propagación del virus, todo esto sumado a la instalación de hospitales de campaña en lugares estratégicos, lo que indica que las intenciones de los gobiernos de la Unión Europea en general pasó por evitar que el virus se propague, tomando la experiencia china, aunque con restricciones más livianas, proceso que incluso se observa en el Reino Unido, que ha pasado de la negación original de la epidemia, a decretar posteriormente el confinamiento de la población británica, al estilo de sus pares de la Unión Europea, de la cual se desprendió recientemente luego de un complejo proceso denominado Brexit.

En cuanto a los Estados Unidos de América, donde todo ya indica que será el epicentro de la pandemia, si bien se tomaron numerosas medidas y se hicieron muchos esfuerzos para la contención del fenómeno, la respuesta estatal sigue siendo parcial y –en cierta medida– coherente con su idiosincrasia, sobre todo si se la compara con las medidas extremas que tomara el gigante asiático. Esta cuestión tiene enorme trascendencia, puesto que está llevando a algunos a pensadores a sostener que las ideas del liberalismo clásico²⁰ no resultaron adecuadas para enfrentar la presente crisis, y que Occidente llegará en algún momento a la conclusión fatal de que lo único capaz de enfrentar este problema y los que vendrán es avanzar hacia una biopolítica que permita tener acceso ilimitado al individuo, tema que ya está dando mucho de qué hablar.

Así, se puede mencionar que más de 31 millones de estudiantes están fuera de las aulas, que se prohíbe en un número creciente de restaurantes y bares tener clientes en sus establecimientos, los lugares de entretenimiento son cada vez más difíciles de encontrar e incluso algunas playas públicas están cerradas, pudiendo asegurarse que el distanciamiento social, sugerido por las autoridades sanitarias, está alterando la forma en que las personas comen, trabajan, estudian y socializan, a tal punto que los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC, por sus siglas en inglés) aconsejaron al público que cancele o posponga las reuniones de 50 personas o más en todo el país. Cabe hacer notar, también, que la Asociación Nacional de Basketball (NBA), la Asociación

²⁰ Hoy en día, el término “liberalismo” se usa de forma diferente en los diversos países. Uno de los grandes contrastes se encuentra en el uso que se da a este término en Estados Unidos frente al que se da en la Europa continental y Latinoamérica. En Estados Unidos se asocia al término “liberal” como aquel que defiende una economía mixta, la justicia social, y se acercan a ideas socialistas o de izquierda; mientras que en Europa y América Latina se asocia el término “liberal” con la defensa de las libertades individuales, la economía capitalista, y la mínima intervención del Estado tanto en la vida de las personas como en la economía. En consecuencia, el término “liberal” en Europa o América Latina se acerca más al liberalismo clásico, mientras que en “liberalismo” estadounidense se acerca más al progresismo.

Nacional de Hockey (NHA) y la Liga de Fútbol (MLS) han cancelado sus temporadas y los teatros de Broadway han suspendido las actuaciones en la ciudad de Nueva York, lo que representa, a simple vista, un dato frívolo, pero que resulta muy útil para medir el impacto de la pandemia en una sociedad como la norteamericana frente a esta crisis, la que también ha traído consigo una disminución de actividad y una pérdida económica no vista en años, donde al menos 30 millones de personas han presentado formalmente solicitudes de subsidio por desempleo.

Por nuestra parte, Argentina no está ajena a los efectos de la pandemia planetaria y, como en el resto del mundo, nuestro Estado también reaccionó, tomando las medidas que estimó convenientes, sobre todo aprovechando la ventaja de poder adelantarse a la evolución y comportamiento que tuvo el virus en otras latitudes en aproximadamente un mes. Ello permitió diseñar una estrategia tendiente a ralentizar la expansión de la pandemia y así evitar la saturación de nuestro sistema de salud, medida que hasta los primeros días de mayo están arrojando resultados satisfactorios en materia sanitaria, pero también exponiendo que uno de los grandes problemas que tiene el COVID-19 es que lo que es bueno a nivel sanitario, puede también resultar fatal para la economía, y muy especialmente a una economía como la argentina, que acarrea gravísimas patologías preexistentes, que la convierten en un sujeto de muy alto riesgo.

En cuanto a la reacción normativa del Estado frente a la irrupción del COVID-19, podemos decir que nuestro país tiene mucha experiencia en el dictado de declaraciones de emergencia, como así también mucha práctica para regular en situaciones de crisis. No olvidemos que en Argentina, la emergencia es casi una normalidad²¹ y ha sido uno de los elementos fundamentales y siempre presentes en su accidentada y poco previsible vida institucional, pudiendo incluso sostenerse que, de manera transversal y desde muy larga data, prácticamente todos los institutos de fuente constitucional han sido afectados por esta noción.

Ahora bien, nada nos permite dudar que, en la situación actual, Argentina atraviese una situación de emergencia, a tal punto que se puede llegar a oír que ésta sí es “real”, o que la pandemia del coronavirus genera esta vez una “verdadera” emergencia, o que ahora lo es “en serio”.

Por lo tanto, no cabe duda de que se configura el presupuesto fáctico necesario que habilita al Presidente para dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, el cual se ajusta al marco del Artículo 99, inciso 3°, para la toma de estas decisiones, en cuanto establece que podrá hacerlo solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, sin que lo antes expuesto avale—en modo alguno—la continuación de su invocación

²¹ Baste traer como ejemplo, que en la Provincia de Salta se encuentra vigente desde el año 1990 la Ley N° 6.583 de Emergencia Económica y Administrativa, la que viene siendo prorrogada año tras año, a través de Decretos de Necesidad y Urgencia, por todos los gobernadores que pasaron en los últimos treinta años, sin que haya recibido objeción alguna por las diferentes Legislaturas en esas tres décadas y sin declaración judicial alguna en contra de su validez.

automática para el dictado de otros decretos de la misma naturaleza, en tanto importen la normalización del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, ya que todo acto que afecte derechos fundamentales requiere –por regla– de la sanción de una ley, es decir, de una decisión del Congreso de la Nación, el que cabe hacer notar, está en pleno funcionamiento.

En cuanto a la modalidad utilizada en nuestro país por el Estado frente al COVID-19, de la realidad vivencial y del lectura de la normativa vigente y cuya consulta sugiero por su permanente actualización²², puede sostenerse que Argentina, con similitudes a la estrategia española y tomando la experiencia de China con restricciones también más livianas, dispuso un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” como medida excepcional que el gobierno nacional adoptó en un contexto crítico basado en la convicción de que reduciendo el contacto entre personas se reducirían las posibilidades de contagio. En tal sentido, se dispuso que todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria debían permanecer en sus domicilios habituales o en donde se encontraban a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, debiendo abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y sin poder circular por rutas, vías y espacios públicos, salvo desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, dictándose con posterioridad normas de excepción para descomprimir el original rigor de la norma. Asimismo, durante la vigencia del aislamiento se prohibió la realización de eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas, suspendiéndose la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas, siguiéndose con posterioridad. Por su parte, en el diseño de la estrategia elaborada por el gobierno argentino se previeron cinco fases: 1) Aislamiento estricto, 2) Aislamiento administrado, 3) Segmentación geográfica, 4) Reapertura progresiva y 5) Nueva normalidad.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL COVID-19 Y BIOPOLÍTICA

Todo este nuevo fenómeno que nos toca vivir, el cual no podíamos siquiera imaginar más allá de ciertas advertencias de científicos y de algunas películas de ciencia ficción, instaló la sensación de que muchos aspectos de nuestra vida van a cambiar. Aunque muchas de las medidas para enfrentar la pandemia sean temporales, hasta la llegada de la desconocida “nueva normalidad”, algunos cambios producidos puede que sean permanentes, aun cuando lo único permanente sea el cambio.

A modo de finalización de este trabajo un tanto anárquico, y sin ánimo de considerar que con estas líneas se agote siquiera mínimamente la problemática de la exploración de este desafiante nuevo mundo que ya levantó su telón delante de nuestros ojos, se realizarán algunas reflexionaremos sobre pandemia y las subsiguientes reacciones estatales y corporativas.

²² http://www.saij.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf.

El derecho, como parte del sistema social, es muy difícil de modificar, ya que con el paso del tiempo se va cristalizando en estructuras complejas y con muchas rutinas fuertemente arraigadas que generalmente se resisten a los cambios radicales. Ahora bien, en tiempos de una crisis profunda, se abre una ventana de oportunidad al cambio y ese momento puede ser propicio para modificaciones profundas de ciertos cursos de acción, pudiendo esta sacudida externa de la pandemia del COVID-19 ser la chispa que encienda la mecha y se ponga en marcha una nueva trayectoria.

Esta posibilidad nos lleva a percibir el momento como una oportunidad de evolución de nuestros derechos, pero también como una amenaza, para lo cual debemos estar especialmente alertas, preparados y con la mirada siempre atenta en la protección de las libertades y demás derechos humanos fundamentales, ya que ellos también pueden llegar a ser víctimas de la pandemia.

El tema a tratar en este acápite parecerá traído de otro mundo, pero muy pocos podrán negar que alguna vez sintieron que el sistema de redes informáticas los persigue o los acosa con publicidad de temas que estuvieron consultando en la red, que su teléfono celular “de oficio” le indica el tiempo y la trayectoria para regresar a su casa, que escucharon que en nuestro país se está por implementar un sistema de ciberpatrullaje o que en tal o cual país se controlan los contagios del COVID-19 con eficientes aplicaciones en los teléfonos celulares que ayudan a combatir el flagelo. Tal el caso en nuestro país de la App Cuidar, del Ministerio de Salud de la Nación, mediante la cual el Estado podría geolocalizar a las personas a través del GPS de los celulares, con código fuente cerrado y cuyos datos recolectados estarían almacenados por la empresa privada Amazon, en servidores ubicados en los Estados Unidos.

Al respecto, sin ánimo de alarmar, creo que resulta atinado traer hasta nosotros las palabras del imprescindible filósofo surcoreano Byung-Chul Han, quien con el rigor de Profesor de la Universidad de las Artes de Berlín que es y con lo mejor del método alemán, dirige su mirada crítica hacia las nuevas técnicas de poder, ingresando a la esfera de la psiquis. En tal sentido, nos ilustra Han que la psicopolítica es aquel sistema de dominación que, en lugar de emplear el poder opresor, utiliza un poder seductor, inteligente (*smart*), que consigue que los hombres se sometan por sí mismos al entramado de dominación. En este sistema, el sujeto sometido no es consciente de su sometimiento. La eficacia del psicopoder radica en que el individuo se cree libre, cuando en realidad es el sistema el que está explotando su libertad. La psicopolítica se sirve del Big Data, el cual, como un Big Brother digital, se apodera de los datos que los individuos le entregan de forma efusiva y voluntaria. Esta herramienta permite hacer pronósticos sobre el comportamiento de las personas y condicionarlas a un nivel prerreflexivo. La expresión libre y la hipercomunicación que se difunden por la red se convierten en control y vigilancia totales, conduciendo a una auténtica crisis de la libertad. Según Byung-Chul Han, este poder inteligente podría detectar incluso patrones de comportamiento del inconsciente colectivo que otorgarían a la psicopolítica un control ilimitado²³.

²³ Byung-Chul Han, *Psicopolítica*, Herder Editorial, 2014, ISBN: 9788425433993.

Y sigue Byung-Chul Han diciendo que es probable que fenómenos de alto impacto hagan caer ese umbral de inhibición que venía impidiendo que este tipo de vigilancia se extendiera biopolíticamente al individuo, entendiendo que este fenómeno pueda llevarnos hacia un régimen de vigilancia biológica, donde no solo nuestras comunicaciones, también nuestro cuerpo y nuestro estado de salud se estén convirtiendo en objeto de vigilancia digital.

Cabe hacer notar que, casi sin que podamos percibirlo, la sociedad de la vigilancia digital viene experimentando una expansión biopolítica exponencial y ello no sólo sucede en el gigante chino que maneja, desde su organización estatal y sin ocultarlo, una base de datos gigantesca sobre la población, sino también en occidente, donde tal descomunal información está en manos de colosales corporaciones privadas que, con el argumento de maximizar sus ganancias, con procedimientos que mínimamente podemos catalogar de opacos, tienen el potencial de poner en serio riesgo el esquema de poder real, tal como lo conocíamos hasta la actualidad.

Estamos inmersos en una vigilancia panóptica²⁴ digital global, los medios digitales de comunicación y las redes sociales nos vigilan como una de esas torres penitenciarias que detallaba Foucault²⁵ y explota toda la información que generamos cada uno de los usuarios, quienes nos exponemos voluntariamente y entregamos todos nuestros datos no por la fuerza sino por necesidad interior, ya que constantemente se nos incita a usar maravillosas aplicaciones, servicios georreferenciados, a compartir nuestras opiniones, preferencias y necesidades, a comunicarnos, a contar y compartir toda nuestras vidas. Después, a cambio de tanta generosidad, todos nuestros datos son analizados por plataformas digitales dedicadas al pronóstico y a la manipulación de comportamientos, y explotados comercialmente sin tregua ni cuartel, siendo dirigidos como marionetas por hilos algorítmicos en un esquema extremadamente eficiente, en un ambiente donde no existe la protesta porque vivimos en un sistema que explota la libertad en sí misma, pero igual nos sentimos libres.

En definitiva, según Naomi Klein, autora de *No logo*²⁶, el *shock*, y esta pandemia de COVID-19 puede serlo, es un momento oportuno para instalar un nuevo sistema de dominación y puede hacer que se imponga a nivel global una biopolítica digital que se apodere del manejo con su sistema de control y vigilancia, una sociedad disciplinaria biopolítica que vigile permanentemente hasta nuestro estado de salud, momento en el que probablemente seguiremos sintiéndonos libres en pos de nuestra propia salud.

Ahora que ya lo sabemos, está en nosotros decidir qué hacer, o no.

²⁴ El panóptico era una estructura arquitectónica que diseñó el filósofo Jeremy Bentham a finales del siglo XVIII, y que se usó fundamentalmente para prisiones en forma de círculo, en el medio del cual se colocaba una torre que permitía observar a todos los prisioneros, sin que ellos supieran si estaban o no siendo vigilados en ese momento.

²⁵ Esta idea fue recogida por Michel Foucault, que desarrolló la teoría del panóptico en su libro *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, de 1975, según la cual, el poder busca vigilar a sus ciudadanos y ciudadanas con el fin de controlar y corregir su comportamiento.

²⁶ Klein, Naomi, *No logo - El poder de las marcas*, Editorial: Booket, Traductor: Genís Sánchez Barberán, Fecha de publicación: 22-7-2014, Idioma: Español, ISBN: 978-84-08-10432-2.

TUTELA DEI DIRITTI UMANI: DIRITTO ALLA SALUTE E GLOBALIZZAZIONE

MARIO CIACCIA*

1. CONSIDERAZIONI GENERALI

Il rapporto, o meglio, il legame tra diritti umani e strumenti per il loro concreto esercizio consente di inquadrare due pilastri fondamentali dello stare insieme nella ricerca continua di equilibri che garantiscano effettivamente dignità, rispetto, eguaglianza, sviluppo, crescita che spesso formano oggetto di isolate considerazioni.

Appare opportuno, comunque, ricordare che i diritti umani sono quelli che sono connaturati all'esistenza della persona in qualche modo già prima della qualificazione giuridica di diritti e che, pertanto, in quanto universali, non derivano dall'appartenenza ad uno stato o ad una qualsiasi collettività organizzata.

Sono quelli che possono essere definiti naturali, quali il diritto alla vita, alla salute, alla dignità, alla libertà, al rispetto e che, nella lunga marcia per il loro riconoscimento, si sono arricchiti nei loro contenuti, che sono stati adeguatamente articolati nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che divulga tutti i diritti umani da tutelare sull'intero pianeta.

Sono stati ricompresi, quindi, diritti civili, politici, economici, sociali e culturali ulteriormente definiti e a volte incrementati da atti internazionali successivi (da ultimo compendiate nella

* Componente del "Comitato Strategico del Centro di Studi Euro-Asiatici", CSEA; del "Comitato per Regole Comuni e Investimenti fra Italia e America Latina", CRIA; Presidente di sezione onorario Corte dei Conti; già Vice Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

¹ Cardia, Carlo, *Diritti umani ed evoluzione storica*, Zanichelli, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2013, pp. 325 e ss.; Cassese, Antonio, *I diritti umani oggi*, La Terza, 2005; Cassese, Antonio, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ha assunto dal 1° dicembre 2009 valore giuridico di Trattato)².

Va da sé, che molti dei diritti enunciati sono tali, a differenza di quelli naturali, in quanto garantiti e tutelati da specifiche norme degli ordinamenti nazionali, come ad esempio nella costituzione italiana che dedica la sua prima parte ai diritti e doveri dei cittadini e, più partitamente, ai rapporti civili, etico-sociali, economici e politici e che, tra l'altro, all'Articolo 32 stabilisce che “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e della collettività”³.

2. LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE

Quanto al diritto alla salute un punto di riferimento essenziale è costituito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, alla quale aderiscono 194 paesi del mondo divisi in 6 regioni (Americhe, Europa, Mediterraneo Orientale, Africa, Pacifico Occidentale e Sud Est Asiatico), che è l'Agenzia delle Nazioni Unite e che ha l'obiettivo del raggiungimento da parte di tutte le popolazioni del più alto livello di salute.

L'Agenzia è di fondamentale importanza in quanto, tra l'altro, fornisce guida sulle questioni sanitarie globali, indirizza la ricerca sanitaria, definisce norme e standard e formula scelte di politica sanitaria basate sull'evidenza scientifica; garantisce, inoltre, assistenza tecnica agli Stati e, più in generale, finanzia anche la ricerca medica e fornisce aiuti di emergenza in caso di calamità.

L'ONU, d'altra parte, nella Conferenza Mondiale, tenutasi a Vienna nel 1993, nella dichiarazione e nel programma sui diritti umani, ha ribadito, tra l'altro, che “tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi” e che ogni individuo ha il diritto di fruire dei benefici del progresso scientifico e che, con riferimento a quello nelle scienze biomediche, venga assicurato il pieno rispetto dei diritti e della dignità umana.

Sulla stessa linea le principali Convenzioni Internazionali sanciscono che quello alla salute è uno dei diritti fondamentali dell'individuo e delle collettività e, la relativa tutela, uno dei doveri principali degli Stati.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a sua volta, espressamente prevede (Art. 35) che “ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali” e che “è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”.

La Carta sociale europea così come la Carta europea dei diritti del malato, integrano, per gli stati sottoscrittori la Carta dei diritti fondamentali prevedendo, tra l'altro, il “diritto

² Gianniti, Pasquale, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, Zanichelli, La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, 2013.

³ Il diritto alla salute o il diritto all'assistenza sanitaria è riconosciuto in almeno 115 costituzioni, secondo fonti provenienti dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani.

a servizi appropriati a prevenire la malattia” e che “ogni individuo ha il diritto di accedere ai servizi sanitari che il suo stato di salute richiede”⁴.

Preme, a questo punto, sottolineare e approfondire il tema della loro effettività e degli strumenti, che in concreto, possano renderli vivi e favorirne in un progetto di vita l’emersione da quello che a volte può rivelarsi un mero contenitore di sia pur nobili principi.

Ed invero, a fronte della solennità e della imponenza delle affermazioni relative alla salute contenute negli atti sopra accennati, si registra in molte aree del mondo un indebolimento di strutture e di presidi necessari e coerenti con gli obiettivi prefissati.

Spesso mancano o sono inadeguati sul territorio strutture sanitarie permanenti ed attrezzate con materiali, apparecchiature e prodotti indispensabili per rispondere efficacemente ad una richiesta diffusa di interventi.

3. LE INFRASTRUTTURE SANITARIE. INVESTIMENTI E CARENZE

Scelte di politica economica e/o di sistema, in ragione anche di crisi strutturali e sociali che si sono succedute, hanno spesso sottratto le risorse necessarie alla realizzazione e all’adeguamento di quelle che possono essere definite in generale “le infrastrutture sanitarie” che ricomprendono i più moderni strumenti tecnologici dell’Intelligenza artificiale, della digitalizzazione e di investimenti nella ricerca pubblica.

Con riferimento alla digitalizzazione è da segnalare la necessità che facciano rete strutture di supercalcolo pubbliche e private tenuto conto del valore aggiunto che è possibile ottenere dall’integrazione dei dati elaborati.

In Italia l’ENI ha messo a disposizione per la ricerca sul coronavirus il proprio supercalcolatore HPC5, il più potente al mondo a livello industriale, contribuendo ai lavori in una partnership con Cineca che è un consorzio di ricerca no profit nel quale collaborano università, centri di ricerca nazionale e il Ministero dell’Università e della Ricerca.

Il team di lavoro congiunto svolge la simulazione dinamica molecolare di proteine virali ritenute rilevanti nel meccanismo di infezione da Covid-19 per identificare i farmaci più efficaci e, a tal fine, il maxi-computer è in grado di svolgere 51,7milioni di miliardi di operazioni in un secondo⁵.

Comunque, senza infrastrutture adeguate che, in una visione di insieme, abbiano effettive capacità e potenzialità anche di autosufficienza, un sistema sanitario, fatte salve isole di eccellenza, si rivela non all’altezza dei tempi e, comunque, distante dai principi immanenti che sembrano rapidamente invecchiati.

⁴ Cappuccini, Carlotta, “Protezione della salute e politiche sociali degli Stati membri”, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 714 e ss.

⁵ HPC è un cluster di calcolo e cioè un insieme di computer che collaborano fra loro per moltiplicare le prestazioni complessive. L’infrastruttura digitale in totale mette a disposizione oltre 3400 nodi di calcolo e oltre 10000 schede grafiche.

A tale riguardo l'OMS nel rapporto del 2007 sul tema salute globale "Un futuro più sicuro: la salute e la sicurezza globale nel 21° secolo", raccomandava, tra l'altro, di "assicurare la presenza di infrastrutture efficienti in tutti i paesi" e di "cooperare a livello globale nella sorveglianza e nella risposta alle epidemie" nonché di stanziare maggiori risorse in ragione dell'emergenza repentina di nuove patologie; ed invero, dal 1967 sono stati individuati 39 nuovi agenti patogeni, tra i quali l'HIV, l'Ebola, la Febbre di Marburg, la Sars, che si aggiungono ad altri già in circolazione quali quello dell'influenza, della malaria e della tubercolosi.

L'OMS, inoltre, nel rapporto annuale 2015, nell'esaminare lo stato di salute della popolazione di 194 Stati, evidenziava che, pur in presenza di un notevole incremento delle aspettative di vita a partire dal 2000, persistono nel mondo forti disegualanze sia nazionali che tra Stati⁶.

L'Unione Europea, nel quadro strategico di riferimento nel settore salute, nel programma 2014-2020 con un budget complessivo di circa 80 miliardi di euro, opera, tra l'altro, per cofinanziare la trasformazione digitale e per migliorare le reti infrastrutturali europee con l'obiettivo di avere un'Europa completamente collegata.

In particolare, il "Meccanismo per collegare l'Europa" ha una dotazione finanziaria di circa 30 miliardi di euro per finanziare anche lo sviluppo e il potenziamento dell'assistenza sanitaria on line⁷.

L'Europa considera la sanità un settore essenziale per garantire il benessere e la salute del cittadino, rappresenta il 10% del PIL dell'UE e, comunque, è indiscutibilmente un valore in sé. Braccio operativo è il Fondo Europeo per gli investimenti strategici che può sostenere investimenti in infrastrutture, servizi e ricerca in campo medico⁸.

Le infrastrutture sanitarie, la dotazione del personale e la ricerca pubblica al servizio di un settore di così grande rilevanza sono ancora inadeguate ed insufficienti con differenze a macchia di leopardo nel mondo⁹.

La sanità in Italia, a titolo esemplificativo, ha perduto tra il 2009 e il 2017 oltre 46 mila unità di personale; il Paese, inoltre, secondo l'OMS, ha dimezzato progressivamente dal 1997 al 2015 i posti letto per casi acuti e di terapia intensiva. Ciò nonostante il servizio sanitario pubblico italiano resta, anche secondo l'OCSE, tra i migliori in Europa e nel mondo per qualità ed efficacia delle prestazioni¹⁰. Si registrano, peraltro, investimenti insufficienti per l'ammodernamento di attrezzature sanitarie che, pur continuando a presentare livelli particolarmente elevati, denunciano l'invecchiamento delle attrezzature in esercizio¹¹.

⁶ Vedi, più in generale, Epicentro "Il portale dell'epidemiologia per la sanità", 2019; Vedi, in particolare, Marmot, Michael, *La salute disuguale. La sfida di un mondo ingiusto*, Il Pensiero scientifico, 2016.

⁷ Cosa fa la UE, Europe Direct, settembre 2018, Foromez PA.

⁸ Commissione Europea, Piano d'investimenti per l'Europa: Mobilitare fondi per il settore sanitario in Europa#investEU..

⁹ Classifica Bloomberg: Health Care Efficiency 2018.

¹⁰ Valori, Fondazione Finanza Etica, 10 marzo 2020.

¹¹ Corte dei Conti, Rapporto 2019 sul coordinamento della finanza pubblica, p. 244.

Ritornando al tema generale della tutela del diritto umano alla salute, una “pettinatura”, per quanto possibile, delle aree del pianeta, ricomprendendo quindi sia i paesi ad economia avanzata che i c. d. emergenti, mostra una carenza del sistema sanitario e delle infrastrutture necessarie per fronteggiare eventi di grande portata con enormi ricadute a cascata sui diversi ambiti della vita sociale, ambientale ed economica, sia pure con accentuazioni diverse, su tutte le popolazioni.

Occorre, quindi, una rivisitazione di standard, la verifica di strutture sanitarie territoriali attrezzate e sufficienti, di infrastrutture di collegamento, di reti elettriche, di comunicazione, di mobilità, di accesso al digitale, di rimodulazione dei centri di riferimento, di attenzione allo sviluppo sostenibile e quant’altro possa occorrere per evitare il ripetersi di disastri di portata epocale.

4. LE RISORSE E IL PPP

Occorrono risorse ingenti per interventi infrastrutturali che assumono un peso determinante e insostenibile sulla finanza pubblica anche delle economie più forti. Appare indispensabile, pertanto, coinvolgere, per quanto possibile e con le necessarie verifiche preliminari, realtà private a fianco di istituzioni pubbliche con modalità organizzative che portano al ricorso a sistemi di cofinanziamento in un responsabile rapporto di Partenariato Pubblico Privato. Ed invero deve osservarsi che una concezione distorta della cooperazione pubblico privata che non sia rivolta all’interesse comune degli attori che vi partecipano ed all’assunzione di forti responsabilità sociali, rischierebbe di bruciare una grande opportunità per dare una risposta efficace ai problemi di ammodernamento del sistema¹².

¹² Seguendo la teoria del regulator capture, in un “rapporto paritario” il privato “capture” il pubblico in alcune prerogative. Adamo Smith sottolineava che “l’imprenditore capitalista quando si avvicina e collabora con il soggetto pubblico, lo fa comunque in vista del proprio interesse privato, non nell’interesse della collettività”. Il percorso decisionale dell’amministrazione deve allora essere improntato alla prova, caso per caso, della convenienza del ricorso al partenariato evitando altresì il rischio di asimmetria informativa rispetto ai meccanismi di mercato. In ogni modo, in una corretta strutturazione del rapporto, l’amministrazione pubblica deve fare in modo che il privato agisca in un repeated game, collaborando anche al fine pubblico.

Cfr. O. Williamson, “Transaction-Cost Economics: The governante of contractual relationships”, in *Journal of Law and Economics*, 1979; ma anche, per il regime prioritario in ordine al superamento delle incompletezze contrattuali, O. Hart J. Moore, “The foundation of incomplete contracts”, in *Review of Economic Studies*, 1999. Per il concetto di asimmetria informative nel soggetto pubblico v. A. Bentz - P. Grout - M. Halonen, “Public-Private Partnership: what should the State buy?”, in *Leuverbulme Centre for Market and Public Organization Working Paper*, n. 01/40, 2002; sulla distribuzione della gestione nella cooperazione pubblico-privato v. anche I. R. Macneil, “Relation contract: What we do and not know”, in *Wisconsin Law Review*, 1985. Infine con riguardo alla cessione del potere contrattuale al privato e dei rischi –espressi dagli autori in termini di moral hazard– conseguenti per il pubblico, titolare delle funzioni, v. J. De Bettignes – T. W. Ross, “The Economics of public Partnerships”, in *Canadian Public Policy*, 2004. Più in generale vedi Mario Ciaccia, “Tratti essenziali del PPP e della sua disciplina in Italia”, in *Quaderni CRIA 1, La nuova legge Argentina di Partenariato Pubblico Privato*, Universitalia di Onorati srl, 2017, pp 103 e ss.

I presupposti per il successo di tale strumento di cofinanziamento rimangono sempre quelli di un ambiente istituzionale, politico ed economico che diano agli operatori le certezze necessarie, di un contesto normativo sufficientemente chiaro e di una burocrazia snella ed efficiente che non ostacoli e rallenti gli interventi.

Un fattore cruciale per l'efficienza della realizzazione di modelli di governance pubblica e privata è costituito dalla c.d. "contestualizzazione sul territorio" del modello di partenariato contrattuale o istituzionale sicché, una volta scelto, possa essere realizzato nella maniera più uniforme possibile sul territorio, salvo che non vi siano evidenti differenziazioni di contesto.

Per la sanità risultano applicati con successo alcuni modelli ad alto potenziale di sviluppo quali quelli del project finance e del leasing immobiliare. Nella strutturazione del project finance la remunerazione degli interventi infrastrutturali è ottenuta, di norma, attraverso una cessione al gestore privato di quote sempre maggiori di servizi non sanitari, comunque, non core. Appare, inoltre, indispensabile che vengano adottate da parte del soggetto pubblico metodologie gestionali utili per la verifica del rispetto, da parte degli operatori privati, dei livelli di servizio previsti nelle concessioni. La progressiva esternalizzazione di servizi non medicali ai privati, infatti, può costituire una criticità per il partenariato dovendo essere controllata con continuo monitoraggio da parte dei soggetti pubblici interessati.

Vanno, in definitiva, colte tutte le opportunità pubbliche o pubblico-private che rendano il sistema adeguato ai tempi, ad eventi imprevisi, allo sviluppo demografico, all'invecchiamento delle popolazioni ed alle migrazioni che economie sostenibili dal punto di vista sociale, ambientale ed economico rendano necessarie¹³.

5. LA DEBOLEZZA DELLA REALTÀ SANITARIA

La debolezza della "realtà" sanitaria attuale, d'altra parte, appare di tutta evidenza nei casi di eventi eccezionali come è stato il "Covid-19" ostacolati soltanto da un sistema che ha mostrato tutta la sua fragilità in quanto figlio di un'economia attenta, in via principale, all'accelerazione nella produzione di beni e, di fatto, indifferente alla prevenzione di disastri e alla effettiva tutela di fondamentali beni della vita quale la salute della collettività. L'elemento apprezzabile, peraltro, diventa quello che "una pandemia" può cambiare il mondo e portare, in un destino comune, a riscoprire il senso di solidarietà ed il bisogno di recuperare davvero la centralità e il valore fondamentale della persona¹⁴, il valore della sua espressione nella

¹³ Mario Ciaccia, "Il Partenariato Pubblico Privato, Infraestructura publica y participation privada: instrumentos de financiación", *Revista Argentina del Regimen de la Administracion Pública-Rap*: 449, 2016, pp. 43 e ss. Vedi anche Riccardo Cardilli, "I contratti di partenariato pubblico privato per le infrastrutture e l'importanza del giurista nella costruzione del tipo contrattuale", in *Regole Comuni su Investimenti e Partenariato Pubblico Privato per le infrastrutture*, Roma e America, Collana di studi giuridici Latino-Americani n 13, 2019, pp. 71 e ss:

¹⁴ Il valore fondamentale della centralità della persona costituisce il tema di fondo dell'Enciclica *Mater et Magistra* di Papa Giovanni XXIII.

famiglia, cellula fondamentale della società, la quale, nelle sue diverse interrelazioni, diventa stato. E questa è l'indiscutibile infrastruttura etica su cui poggiano le infrastrutture materiali e, in particolare, quelle che favoriscono tutela dei diritti, rapporti umani e mobilità.

È infatti nella interconnessione nello stato e tra gli stati che si possono costituire i fondamentali per lo sviluppo e la crescita e incrementare la ricchezza comune nel rispetto della dignità umana.

Questo legame tra infrastruttura etica e materiale che, in un quadro di regole certe che debbono essere rispettate, può determinare l'equa distribuzione del benessere tra gli stati e nello stato, riportando lavoro sul territorio e, quindi, restituendo dignità e valore alla famiglia e alla persona.

6. LA CRISI DELLA GLOBALIZZAZIONE

È da ritenere, allora, che non ci sia altro tempo per avviare una riconsiderazione sulla rispondenza o meno di una globalizzazione totalizzante delle attività umane¹⁵ che, prescindendo da sostenibilità ambientale, economica e sociale, ritenga di poter dare risposta per un maggior benessere di tutti e per un'equa redistribuzione della ricchezza nel rispetto dei diritti umani.

La pandemia del Coronavirus, peraltro, ha allargato e illuminato le crepe che già presentava la globalizzazione e la connessa interdipendenza tecnologica¹⁶.

Il rispetto dell'ambiente, la tutela sociale ed economica delle collettività attuali e delle future generazioni, l'indispensabilità di investimenti green, sono tutte questioni sul tappeto che animano il dibattito sui cambiamenti¹⁷ e le recenti vicende ne hanno irreversibilmente rafforzato la portata.

Larry Flink (chairman di Black Rock) ha dichiarato che “il Coronavirus ha stravolto le nostre vite e ha trasformato il nostro mondo” “Questa pandemia –e la responsabilità collettiva per arginarne la diffusione– è un importante richiamo alla nostra umanità condivisa. Dobbiamo essere uniti nel sostenerci a vicenda, nel proteggere la nostra salute e nel rafforzare costantemente la nostra capacità di prepararci e di rispondere a crisi come questa”¹⁸.

¹⁵ Gianniti, Pasquale, “Globalizzazione e declino degli Stati nazionali”, *I diritti fondamentali*, op. cit., pp. 23 e ss.

¹⁶ Magnani, Marco, *Globalizzazione: I rischi della rivoluzione tecnologica*, Affari Internazionali, Economia, agosto 2017.

¹⁷ Ciaccia, Mario, “Infrastrutture: sostenibilità economica e ambientale”. Congresso Internazionale. Chang'an e Roma: Via della Seta e Armonizzazione del Diritto, Xi'an 11/13 maggio 2019.

¹⁸ Larry Flink, Black Rock, Lettera agli azionisti, Report 2019.

D'altra parte, e più in generale, è da ritenere che il risparmio gestito da grandi fondi, dalle banche e dal sistema finanziario si vadano orientando sempre più verso investimenti responsabili e sostenibili.

La constatazione degli sconvolgenti effetti prodotti dalla pandemia ha portato alcuni a ritenere che la globalizzazione sia finita, che abbia esaurito la sua spinta propulsiva di accelerazione delle economie attraverso le interazioni e interconnessioni sempre più profonde tra le economie del pianeta¹⁹.

Il fenomeno, peraltro, per la sua vastità e per le conseguenze prodotte negli ultimi 70 anni sullo sviluppo e la crescita merita, senza pretesa di essere esaustivi, ulteriori analisi e considerazioni.

Anzitutto appare utile osservare che in un mondo con economie che cambiano alla velocità della luce anche per dinamiche geopolitiche e, in particolare, per l'emergere di nuovi protagonisti sulla scena internazionale, per l'affermazione di nuove leadership commerciali, per l'introduzione di dazi antagonisti, si sono già modificati di fatto gli assetti precedenti.

A titolo esemplificativo basta ricordare, a partire dagli anni 2000, l'emersione della potenza economica consolidata della Cina sottolineata anche dal lancio della BRI (la nuova via della seta) con i suoi 6 corridoi che coinvolgono 68 Stati²⁰, per un importo stimato tra i 1400 e 4600 miliardi di dollari, l'introduzione delle barriere dei dazi nella guerra commerciale Stati Uniti-Cina, l'attività a geometria variabile dell'Europa, la Brexit.

Appare evidente, quindi, che quella globalizzazione che, a partire dagli anni 50, ha cambiato il volto dell'economia e della finanza mondiale, con luci ed ombre, e che ha partorito sviluppo e crescita, diminuzione di poveri in alcune aree del pianeta, ma anche disuguaglianze²¹ nella distribuzione della ricchezza ha cambiato pelle e presenta falle profonde²².

In particolare, si è ritenuto vincente costruire la catena del valore e dei minori costi sul modello degli approvvigionamenti globali realizzando componenti di prodotti con il coinvolgimento specialistico di diversi paesi.

Il prezzo pagato è stato, di norma, la rinuncia all'autosufficienza e, pertanto, come si è evidenziato anche nelle crisi finanziarie del 2000 e del 2007, il rischio di trovarsi impreparati per fronteggiare crisi politiche o sanitarie, come per il Coronavirus 19, per mancanza di scorte e/o di aziende sul territorio in condizione di poter dare risposte tempestive con tutte le conseguenze possibili in termini di tutela della collettività nelle sue significative espressioni di garanzia della salute, dell'occupazione e dell'economia.

¹⁹ Per un'acuta anticipazione e osservazione, Michael O'Sullivan, "The Levelling: What's next after globalisation", 9 aprile 2019; v anche intervista al *The Economist*, "La globalizzazione è morta", settembre 2019.

²⁰ Ciaccia, Mario, *Corridoi infrastrutturali e sostenibilità finanziaria*, Chang'an e Roma. EurAsia e Via della Seta. Diritto, Società, Economia, CSEA, Collana di Studi Euroasiatici, n 1, Wolters Kluwer, 2019, pp. 675 e ss.

²¹ Schifferes, Steve, *Il Coronavirus segnerà un punto di svolta per la globalizzazione? Le lezioni della storia non sono incoraggianti*, The Conversation. Business Insider, 8 aprile 2020.

²² Per un'analisi critica della globalizzazione, "Confartigianato: Il Coronavirus ha cambiato il mondo. È la fine della globalizzazione?", Asarva.org 6 marzo 2020.

In questo senso si può ritenere che la pandemia abbia concorso a determinare la necessità di un nuovo ordine che, peraltro, non può tradursi in un salto all'indietro con il tracollo dell'economia mondiale provocato da nazionalismi ovvero da insostenibili isolazionismi.

D'altra parte, continuano a crescere i fenomeni di integrazione dovuti all'economia digitale, all'intelligenza artificiale, alla mobilità legata, tra l'altro, al turismo, alla cultura e servizi connessi.

Un ripensamento si impone comunque su termini e limiti delle catene globali del valore rivedendo in un numero più limitato i paesi di interdipendenza, favorendo una tendenza già in atto da parte di diverse multinazionali e stimolando, al riguardo, anche i fondi di investimento.

7. SLOWBALISATION E NUOVO ORDINE MONDIALE

Per alcuni settori ritenuti strategici si potrebbero inoltre creare le condizioni per la realizzazione di specifiche realtà aziendali anche attraverso il Partenariato Pubblico Privato e ampliando, *mutatis mutandis*, lo strumento della golden power. Insomma la globalizzazione siccome intesa nel passato ha già perduto le sue caratteristiche esasperate avviandosi, secondo alcuni, verso un rallentamento denominato "slowbalisation" che, come è stato autorevolmente osservato (Michael Spence premio nobel per l'economia nel 2001), potrebbe non essere un male ma una sistemazione che eviti alcuni eccessi e squilibri²³ di una globalizzazione che, diversamente, rivela tutta la sua fragilità dovendo, invece, procedere con una regolarità più sostenibile.

Al riguardo, appare condivisibile l'opinione di chi ritiene che sia in atto una evoluzione di un nuovo ordine mondiale multipolare²⁴ nel quale mutano gli equilibri globali e che al momento appare formato da quattro aree regionali costituite da Stati Uniti, Cina, Unione Europea e, a tendere, India nelle quali si riscontrano già distinzioni nelle reti di comunicazione, nel funzionamento delle economie, in leggi, in culture, nell'approccio alle nuove tecnologie materiali ed immateriali, dalla digitalizzazione all'intelligenza artificiale.

La multipolarità non appare, quindi, una costruzione teorica in quanto si introduce un sistema che è stato felicemente definito di "globalizzazione su base regionale"²⁵ che, in ragione di una prevedibile concorrenza tra le grandi aree regionali menzionate, porteranno al rafforzamento delle rispettive economie e determineranno, attraverso una coerente politica industriale, una ragionevole semi-autosufficienza²⁶; con riferimento all'Europa è

²³ Spence, Michael, "La deglobalizzazione è rischiosa ma il mondo andava riconfigurato", *Il Sole 24 Ore*, intervista del 22 ottobre 2018.

²⁴ O'Sullivan, Michael, *The Levelling cit.*, Public Affairs, aprile 2019.

²⁵ Prodi, Romano, "Corriere della Sera, Economia e Politica", 6 aprile 2020, Dario Di Vico, p. 13. Vedi anche Romano Prodi "Il lento passaggio dal mondo monopolare ad un mondo controllato da più potenze regionali continua all'infinito perché la ridefinizione delle sfere di influenza e dei loro confini è un processo tanto complicato da non potersi mai ritenere concluso", *Messaggero out look Economia* 2020.

²⁶ Manzocchi, Stefano, *Economia e Politica cit.*, p. 13.

da ritenere che comporterà –anche alla luce delle esperienze vissute– la produzione di principi attivi farmaceutici o di macchinari indispensabili per interventi sanitari evitando la dipendenza da determinate aree del pianeta.

Ed è da ritenere che, per taluni settori, si affermi una regionalizzazione degli scambi e, più in generale, un rafforzamento del commercio tra paesi della stessa area come quella del Mercosur o dell’Unione Europea. Certamente la multipolarità pone delicati e nuovi problemi geopolitici in termini, tra l’altro, di risorse ambientali ed energetiche, di sicurezza, di risorse idriche e alimentari, di fenomeni migratori che dovranno essere affrontati anche attraverso nuovi patti²⁷.

La multipolarità è la grande sfida di questo secolo; nuovi equilibri e nuove compatibilità dovranno essere definite nella riscoperta del capitale sociale che investe il tessuto fondamentale costituito dalle reti relazionali, dalla reciproca fiducia, dalle norme e da tutti i principali elementi che consentano ai componenti di una collettività di operare unitariamente per conseguire, nella condivisione, i migliori risultati possibili nell’interesse generale²⁸.

Per favorire, comunque, sviluppo e crescita rispettosi dei diritti umani e dell’ambiente, attenzione costante dovrà essere rivolta ai principi irrinunciabili della democrazia per evitare che, nella diversità delle lingue politiche dei poli, si formino principi contrastanti su temi che non ammettono divergenze.

8. IL CAPITALISMO DIGITALE. CRITICITA

Così come bisognerà essere vigili perché, nel declino della “globalizzazione totalizzante” lo spazio rimasto vuoto non venga occupato da quello che acutamente è stato definito²⁹ “Capitalisme Numerique” e cioè da un “Capitalismo Digitale” che si nutra della enorme massa di dati prodotti costantemente dalla società dell’informazione e catturati dalle nuove tecnologie con piattaforme di società private; ed invero, il pericolo è che tale capitalismo si trasformi in un “nuovo mostro” capace di derubarci della nostra libertà e di modificare i nostri comportamenti per profitti che nulla hanno a che vedere con apprezzabili riduzioni di costi ma che, invece, innestano un procedimento di disumanizzazione che fa parte di quello che è stato efficacemente descritto come “Il Capitale della Sorveglianza”³⁰.

Si rendono, pertanto, indispensabili ed improcrastinabili regole ferree che disciplinino poteri privati che oggi, privi di responsabilizzazione, percuotono utilizzando algoritmi non trasparenti gli irrinunciabili valori di libertà e dignità umana³¹.

²⁷ Per un’analisi generale sulla geopolitica v Danilo Ceccarelli Morolli, *Appunti di Geopolitica*, Valore Italiano, 2018.

²⁸ R. D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic tradition in modern Italy*, 1993.

²⁹ Cohen, Daniel, “La crise du Coronavirus signale l’acceleration d’un nouveau capitalisme, le capitalisme numerique”, *Le Monde* 2 aprile 2020.

³⁰ Zuboff, Shoshana, *Il Capitalismo della Sorveglianza: il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, LUISS University press, 2019

³¹ Pitruzzella, Giovanni e Pollicino, Oreste, *Un nuovo umanesimo digitale per piattaforme più trasparenti*, *Il Sole 24 Ore* 10 aprile 2020, p. 23.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO A LA SALUD Y GLOBALIZACIÓN

MARIO CIACCIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La relación, o mejor, el vínculo entre derechos humanos y los instrumentos para su concreto ejercicio, permite encuadrar dos pilares fundamentales del estar juntos en la búsqueda continua de equilibrios que garanticen, efectivamente, dignidad, respeto, igualdad, desarrollo, crecimiento; finalidades que a menudo son objeto de consideraciones aisladas.

Es conveniente, sin embargo, recordar que los derechos humanos son aquellos inherentes a la existencia de la persona, incluso antes de su calificación jurídica como “derechos”, y que en tanto y en cuanto son universales, no derivan de la pertenencia a un Estado o a una colectividad organizada.

Son aquellos que pueden ser definidos como “naturales”, como el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad, al respeto y que en el largo camino de su reconocimiento, se han enriquecido en sus contenidos, y han sido adecuadamente articulados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alcanza a todos los derechos humanos que deben protegerse en todo el planeta.

Han sido incluidos, portanto, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹; posteriormente definidos y a veces incrementados en actos internacionales sucesivos (así, han sido incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ha adquirido, desde el 1º de diciembre de 2009, el valor jurídico de Tratado)².

¹ Cordia, Carlo, *Derechos Humanos y Evolución. Historia*, p. 325 y siguientes, Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, Zanichelli, 2013; Cassese, Antonio, *Los derechos humanos hoy*, La Tercera, 2005; Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Bari, 1988.

² Gianniti, Pasquale, *Los derechos fundamentales de la Unión Europea, La Carta de Niza después del Tratado de Lisboa*, Zanichelli, 2013.

Por lo demás, muchos de los derechos enunciados son tales, a diferencia de los derechos naturales, en cuanto garantidos y tutelados por normas específicas de los ordenamientos nacionales; como por ejemplo en la Constitución italiana, que dedica su primera parte a los derechos y deberes de los ciudadanos, y más específicamente a las relaciones civiles, ético-sociales, económicas y políticas; concretamente, en el Artículo 32 establece: “La República protege a la salud como derecho fundamental del individuo y de la colectividad”³.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Un punto de referencia, en cuanto al derecho a la salud, es el representado tanto por la Organización Mundial de la Salud, a la cual adhieren 194 países del mundo; divididos en 6 regiones (América, Europa, Mediterráneo Oriental, África, Pacífico Occidental y Sudeste Asiático), como por la Agencia de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es hacer alcanzar por parte de todas las poblaciones, el más alto nivel de salud.

La Agencia es de fundamental importancia en cuanto que, además, provee una guía sobre las cuestiones sanitarias globales, direcciona la búsqueda sanitaria, define normas y estándares, y formula elecciones de políticas sanitarias basadas en la evidencia científica; garantiza, también, asistencia técnica a los Estados y, más en general, financia la búsqueda médica y provee ayuda de emergencia en casos de calamidad.

La ONU (Organización de Naciones Unidas), por su parte, en la Conferencia Mundial que tuvo lugar en Viena en 1993, en la declaración y en el programa sobre los derechos humanos, ha reiterado además que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interconectados” y que cada individuo tiene el derecho de gozar del progreso científico; con referencia a las ciencias bioquímicas, declaró también la obligación de asegurar el pleno respeto de los derechos y de la dignidad humana.

En la misma línea, las principales Convenciones Internacionales consagran que el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales del individuo y de las comunidades, y su tutela, uno de los deberes principales del Estado.

A su vez, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé expresamente (Art. 35) que “cada persona tiene el derecho de acceder a la prevención sanitaria y de obtener atención médica con las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”, amén de que “sea garantizado un nivel elevado de protección de la salud humana”.

La Carta Social Europea, como también la Carta Europea de los derechos del enfermo, integran para los Estados suscriptores la Carta de los Derechos fundamentales, previendo, además, el “derecho a los servicios apropiados para prevenir la enfermedad” y que “cada individuo tiene el derecho de acceder a los servicios sanitarios que su estado de salud requiere”⁴.

³ El derecho a la salud o el derecho a la asistencia sanitaria es reconocido en al menos 115 constituciones, según fuentes provenientes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁴ Capuccini, Carlotta, “Protección de la salud y políticas sociales de los Estados miembro”, en *Los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 714 y sigs.

En este punto, cabe subrayar y profundizar el tema de la efectividad de estas declaraciones, como también de los instrumentos, que, en concreto, puedan hacerlos reales, favoreciendo, precisamente, su realización como proyecto de vida, evitando que se conviertan en un mero recipiente de principios nobles.

Y en efecto, frente a la solemnidad e imponentia de las afirmaciones relativas a la salud contenidas en los actos antes mencionados, se observa, en muchas zonas del mundo, un debilitamiento de proyectos y estructuras necesarias y coherentes con los objetivos prefijados.

Generalmente faltan, o son inadecuadas en el territorio, estructuras sanitarias permanentes y equipadas con materiales, aparatos y productos indispensables para responder con eficacia a una demanda generalizada de intervenciones

3. LAS INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS. INVERSIONES Y CARENCIAS

A menudo las elecciones de políticas económicas y/o de sistema, en razón de las crisis estructurales y sociales acaecidas, han desviado los recursos necesarios para la realización y adaptación de las que pueden definirse, en general, como “las infraestructuras sanitarias”, que incluyen los más modernos instrumentos tecnológicos de la “inteligencia artificial”, de la “digitalización” y de las inversiones en la investigación pública.

Con referencia a la “digitalización”, cabe destacar la necesidad de formar redes estructurales de súper cómputos, público y privado, teniendo en cuenta el valor agregado que es posible obtener de la integración de los datos elaborados.

En Italia, el ENI (Ente Nacional de Hidrocarburos) puso a disposición para la investigación del coronavirus su propio súper computador HPC5, el más potente en el mundo a nivel industrial, contribuyendo con los trabajos de investigación en asociación con Cineca, que es un consorcio de investigación sin fines de lucro, en el que colaboran universidades, Centros de investigaciones nacionales y el Ministerio de Universidades e Investigación.

El equipo de trabajo conjunto desarrolla la simulación dinámica molecular de proteínas virales consideradas relevantes en el mecanismo de infección del COVID-19, para identificar los fármacos más eficaces y para ello el súper computador está en condiciones de desarrollar 51,7 billones de operaciones en un segundo⁵.

De todos modos, sin infraestructuras adecuadas, que, en una visión de conjunto, tengan capacidades reales y potencialidad incluso de autosuficiencia, ningún sistema sanitario, a excepción de islas de excelencia, estará a la altura de los tiempos, quedando atados a principios que envejecen rápidamente.

⁵ HPC es un contenedor de cálculos, es decir, un conjunto de ordenadores que colaboran entre sí para multiplicar el rendimiento global. La infraestructura digital en total pone a disposición más de 3400 nodos de cálculos y otras 10000 tarjetas gráficas.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su informe del 2007 sobre el tema de la salud global, “Un futuro más seguro: la salud y la seguridad global en el siglo XXI”, recomendaba, además, “garantizar la presencia de infraestructuras eficientes en todos los países” y “cooperar a nivel global en los controles y en la respuesta a las epidemias”; así como destinar mayores recursos para afrontar la emergencia repentina de nuevas enfermedades. En efecto, desde 1967 se han detectado 39 nuevos agentes patógenos, entre ellos HIV, ébola, fiebre de Marburg, y SARS, que se suman a otros que ya circulan como la gripe, malaria y tuberculosis.

La OMS, además, en su informe anual de 2015, al examinar el estado de salud de las poblaciones de 194 países, hacía notar que aun en presencia de un importante incremento de las expectativas de vida desde el año 2000, persisten en el mundo fuertes desigualdades, sea nacionales como entre los Estados⁶.

La Unión Europea, en el cuadro estratégico relativo al sector de la salud, en el programa 2014-2020, con un presupuesto total de alrededor de 80.000 millones de Euros, opera también para cofinanciar la transformación digital y mejorar las redes de infraestructura europeas con el objetivo de lograr una Europa completamente conectada.

En particular, el “Mecanismo para Conectar a Europa” cuenta con una dotación de alrededor de 30.000 millones de Euros para financiar también el desarrollo y el potenciamiento de la asistencia sanitaria *on line*⁷.

Europa considera que la sanidad es un sector esencial para garantizar el bienestar, por ello la salud del ciudadano representa el 10 % del PBI de la UE; por lo tanto, sin lugar a dudas, un valor en sí mismo. El “brazo operativo” de tal estructura financiera es el Fondo Europeo para las inversiones estratégicas, destinado a sostener inversiones en infraestructura, servicios e investigaciones en el campo médico⁸.

Aun así, las infraestructuras sanitarias, la dotación del personal y la investigación pública al servicio de un sector de tal magnitud, siguen siendo inadecuadas e insuficientes con diferencias de pequeños puntos en el mundo⁹.

La sanidad en Italia, por ejemplo, perdió entre 2009 y 2017 más de 46.000 unidades de personal; además, según la OMS, redujo progresivamente desde 1997 a 2015 las camas de casos agudos y de cuidados intensivos. No obstante ello, el servicio público sanitario italiano sigue estando, según la OCSE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa), entre los mejores de Europa y del mundo por la calidad y eficacia de sus prestaciones¹⁰.

Además, se registran inversiones insuficientes para la modernización de los equipos sanitarios, que si bien siguen siendo de calidad elevada, evidencian ya el envejecimiento de los equipos en funcionamiento¹¹.

⁶ Ver, en general, Epicentro “El portal de la epidemiología para la sanidad”, 2019. Ver, en particular, Michel Marmot, *La salud desigual. El desafío de un mundo injusto*, El Pensamiento Científico, 2016.

⁷ Que hace la Unión Europea, Europa Directa, septiembre 2018. Formez PA.

⁸ Comisión Europea, Plan de Inversiones para Europa. Movilizar fondos para el sector de la salud en Europa. #InversionesUE.

⁹ Valoración Bloomberg, Health Care Efficiency 2018.

¹⁰ Valores, Fundación Finanzas Éticas, 10 de marzo de 2020.

¹¹ Tribunal de Cuentas, informe 2019 sobre coordinación de las finanzas públicas, p. 244.

Retornando al tema general de la protección del derecho humano a la salud, “un barrido”, en la medida de lo posible, de algunas zonas del planeta, abarcando tanto los países de economía avanzada como los emergentes, muestra una carencia del sistema sanitario y de las infraestructuras necesarias para afrontar eventos de gran envergadura, con enormes repercusiones en cascada sobre los diversos ámbitos de la vida social, ambiental y económica, aunque con diversos grados de incidencia, sobre todas las poblaciones.

Por lo tanto, es necesaria una revisión de normas, verificación de estructuras sanitarias territoriales equipadas y suficientes, de infraestructuras de conexión, de redes eléctricas, comunicación, movilidad, de acceso digital, de remodelación de centros de referencia, de atención al desarrollo sustentable y de cuanto pueda ocurrir para evitar que se repitan desastres de envergadura histórica.

4. LOS RECURSOS Y EL PPP

Se necesitan recursos considerables para las intervenciones en infraestructura, recursos que tienen un peso determinante e insostenible en las finanzas públicas, incluso en las economías más fuertes. Por tanto, parece indispensable implicar, en cuanto sea posible, y con las necesarias comprobaciones preliminares, los recursos privados junto con los de las instituciones públicas, con modalidades organizativas que conducen al instrumento de cofinanciación en una responsable Participación Público Privada (PPP). Debe advertirse, en efecto, que una concepción distorsionada de la cooperación público privada que haga que ésta no se encuentre dirigida al interés común de los actores que participan en ella y a la asunción de fuertes responsabilidades sociales, correría riesgo de desperdiciar una gran oportunidad de dar respuesta eficaz a los problemas de modernización del sistema¹².

¹² Siguiendo la teoría del “regulador capturado”, en una “relación igualitaria” el privado “captura” el público en algunas prerrogativas. Adán Smith subrayaba que “cuando el empresario capitalista se acerca y colabora con el sujeto público, lo hace con vistas a su propio interés privado, no en interés de la comunidad”. El proceso de toma de decisiones de la Administración debe entonces estar sujeto a la prueba, caso por caso, de la conveniencia de recurrir a la asociación y evitar el riesgo de asimetría informativa con respecto a los mecanismos del mercado. En todo caso, en una correcta estructuración de la relación, la Administración Pública debe procurar que el privado actúe en un *repeated game* (juego repetido), colaborando también con el fin público. Cfr O. Williamson, “Transaction-Cost Economics: The governance of contractual relations” (“El gobierno de las relaciones contractuales”), en *Journal of Law and Economics*, 1979; pero también, para el régimen prioritario para la superación de las deficiencias contractuales, O. Hart - J. Moore, “La fundación de contratos incompletos”, en *Review of Economic Studies*, 1999. Para el concepto de asimetría informativa en el tema público, v. A. Bentz - P. Grout - M. Halonen, “Public-Private Partnership: ¿Qué debería comprar el Estado?”, en Leuvenbulme Centre for Market and Public Organization Working Paper, n. 01/40, 2002; sobre la distribución de la gestión en la cooperación entre el sector público y el privado, véase también I. R. Macneil, “Relation contract: What we do and not know” (“Contrato de relación: lo que hacemos y no sabemos”), en *Wisconsin Law Review*, 1985. Finalmente, con respecto a la cesión del poder contractual al privado y de los riesgos –expresados por los autores en términos de *moral hazard*– consiguientes para el público, titular de las funciones, v. J. De Bettignes - T. W. Ross, “The Economics of public Partnerships”, en *Canadian Public Policy*, 2004. Más en general, ver Ciaccia, Mario, “Rasgos esenciales del PPP y su disciplina en Italia”, en *Quaderni CRIA I*, La nueva ley Argentina de Partenariato Pubblico Privato, Universitalia di Onorati S.R.L., 2017, pp. 103 y sigs.

Las condiciones para el éxito de este instrumento de cofinanciación siguen siendo las de un entorno institucional, político y económico que otorgue a los operadores las certezas necesarias, especialmente de un contexto normativo suficientemente claro y de una burocracia simplificada y eficaz que no obstaculice ni ralentice las intervenciones.

Un factor crucial para la eficiencia de la realización de modelos de gestión pública y privada es la denominada “Contextualización sobre el territorio” del modelo de asociación contractual o institucional, de modo que una vez elegido, pueda realizarse de la manera más uniforme posible en el territorio, salvo que existan diferencias claras de contexto.

En el campo de la sanidad han sido aplicados con éxito algunos de los modelos de alto potencial de desarrollo como aquellos del “*project finance*” o del “*leasing* inmobiliario”.

En la estructuración del *project finance*, la remuneración de las inversiones en infraestructura es obtenida, por regla general, mediante la cesión al operador privado de cuotas cada vez mayores de servicios no sanitarios, en todo caso, no centrales. Es, además, indispensable que sean adoptadas por parte del agente público metodologías de gestión útiles para verificar el respeto, de parte de los operadores privados, de los niveles de servicios previstos en las concesiones. La progresiva externalización de servicios no médicos a los privados, de hecho, puede constituir un punto crítico para la viabilidad del PPP, debiendo ser controlada con continuo monitoreo por parte de los agentes públicos interesados.

Deben, en definitiva, aprovecharse todas las oportunidades públicas y público-privadas, que posibiliten un sistema adecuado a estos tiempos, a los eventos imprevistos, al desarrollo demográfico, al envejecimiento de la población y a las migraciones, esto es, lo que sea necesario para economías sustentables del punto de vista social, ambiental y económico¹³.

5. LA DEBILIDAD DE LA REALIDAD SANITARIA

La debilidad de “la realidad” sanitaria actual, por otra parte, surge a toda evidencia en el caso de acontecimientos excepcionales, como lo es el COVID-19, enfrentado solo por un sistema que ha mostrado toda su fragilidad en cuanto hijo de una economía atenta, con carácter principal, a la aceleración de la producción de bienes de consumo, y, de hecho, indiferente a la prevención de desastres y a la efectiva protección de bienes fundamentales de la vida, como la salud de la comunidad. El dato sobresaliente, por otra parte, es que “una pandemia” puede cambiar el mundo y llevar, en un destino común, a redescubrir el sentido de la solidaridad y la necesidad de recuperar realmente la centralidad y el valor fundamental de la persona¹⁴, el valor de su desarrollo en la familia, célula fundamental de la sociedad, la cual, en sus diversas interrelaciones, se convierte en Estado. Es esta la infraestructura

¹³ Ciaccia, Mario, “La Asociación Público Privada, Infraestructura pública y participación privada: instrumentos de financiación”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 449, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2016, pp. 43 y sigs. Véase también Cardilli, Riccardo, “Los contratos de asociación público-privada para las infraestructuras y la importancia del jurista en la construcción del tipo contractual”, en *Normas Comunes sobre Inversiones y Asociación Público Privada para las infraestructuras. Roma y América*, Colección de Estudios Jurídicos Latinoamericanos n° 13, 2019, pp. 71 y sigs.

¹⁴ El valor fundamental de la centralidad de la persona constituye el tema de fondo de la Encíclica *Mater et Magistra* del Papa Juan XXIII.

ética indiscutible sobre la cual se basan las infraestructuras materiales y, en particular, las que favorecen la tutela de los derechos, de las relaciones humanas y de la movilidad.

Es precisamente en la interconexión en el Estado y entre los Estados, donde se pueden establecer los fundamentos para el desarrollo y el crecimiento, e incrementar la riqueza común en el respeto de la dignidad humana

Esta relación entre la infraestructura ética y la material, en un cuadro de reglas ciertas que deben ser respetadas, puede determinar la equilibrada distribución del bienestar entre los Estados y en el Estado, trayendo trabajo en el territorio y por lo tanto restituyendo dignidad y valor a la familia y a la persona.

6. LA CRISIS DE LA GLOBALIZACIÓN

Por lo tanto, es de suponer que no hay más tiempo para iniciar una reconsideración sobre la adecuación de una globalización general de las actividades humanas¹⁵, que prescindiendo de la sustentabilidad ambiental, económica y social, crea posible dar respuesta a un mayor bienestar de todos y a una equitativa distribución de la riqueza en el respeto de los derechos humanos.

La pandemia del coronavirus, además ha agrandado e iluminado las grietas que ya presentaba la globalización y la conexas interdependencia tecnológica¹⁶.

El respeto del medio ambiente, la protección social y económica de las comunidades actuales y de las futuras generaciones, las indispensables inversiones ecológicas, son todas cuestiones candentes que incitan al debate sobre los cambios¹⁷. Los recientes acontecimientos han reforzado definitivamente la necesidad urgente de respuestas.

Larry Flink (Presidente de Black Rock) ha declarado que “el coronavirus ha torcido nuestras vidas y transformado nuestro mundo”. “Esta pandemia y la responsabilidad colectiva para contener su propagación es un importante llamado a nuestra humanidad compartida. Debemos estar unidos, apoyarnos unos a otros, en proteger nuestra salud y reforzar constantemente nuestra capacidad de prepararnos y de responder a una crisis como esta”¹⁸.

La constatación de los impactantes efectos producidos por la pandemia ha llevado a algunos a pensar que la globalización ha terminado, que ha agotado su impulso de aceleración en las economías a través de las interacciones e interconexiones siempre más profundas entre las economías del planeta¹⁹.

¹⁵ Gianniti, Pasquale, “Globalización y decadencia de los Estados Nacionales”, *Los derechos fundamentales*, pp. 23 y sigs.

¹⁶ Magnani, Marco, *Globalización. Los riesgos de la revolución tecnológica*, Asuntos Internacionales, Economía, agosto 2017.

¹⁷ Ciaccia, Mario, “Infraestructuras: sustentabilidad económica y medioambiental”. Congreso Internacional. Chang’an e Roma: Ruta de la Seda y Armonización del Derecho, Xi’an 11/13 de mayo de 2019.

¹⁸ Larry Flink, Black Rock, “Carta a los accionistas”, Informe 2019.

Por otra parte, y más en general, se considera que el ahorro gestionado por los grandes fondos, los bancos y el sistema financiero se orientan cada vez más hacia inversiones responsables y sustentables.

¹⁹ Por una anticipación y observación, Michael O’Sullivan, “The Levelling: What’s next after globalisation”, 9 de abril de 2019; v. también entrevista a *The Economist*, “La globalización ha muerto”, septiembre 2019.

El fenómeno, por lo tanto, por su amplitud y por las consecuencias producidas en los últimos setenta años sobre el desarrollo y el crecimiento, amerita, sin pretender ser exhaustivo, ulteriores análisis y consideraciones.

Ante todo, parece útil observar que en un mundo con economías que cambian a la velocidad de la luz, también por dinámicas geopolíticas y en particular por la aparición de nuevos protagonistas en la escena internacional, por la afirmación de los nuevos liderazgos comerciales, por la introducción de aranceles antagónicos, ya están modificadas de hecho las circunstancias anteriores.

A modo de ejemplo basta recordar, a partir del año 2000, con la aparición de China como potencia económica consolidada, destacada también por el BRI (la nueva ruta de la seda) con sus seis corredores que afectan a 68 Estados²⁰, por un valor estimado entre 1400 y 4600 billones de dólares, la introducción de las barreras arancelarias en la guerra comercial EE. UU.-China, la actividad de geometría variable de Europa, el Brexit.

Parece evidente que aquella globalización –que a partir de los años cincuenta había cambiado el rostro de la economía y de las finanzas mundiales, con luces y sombras, y que había dado lugar al desarrollo y crecimiento, disminución de pobres en algunas zonas del planeta, pero también desigualdad²¹ en la distribución de la riqueza– ha cambiado la piel y presenta fallas profundas²².

En particular, se consideró acertado construir la cadena de valor y de los menores costos siguiendo el modelo de los suministros globales mediante la fabricación de componentes de productos con la participación especializada de varios países. El precio pagado ha sido, por regla, la renuncia a la autosuficiencia, y por lo tanto, como se ha evidenciado también en la crisis financiera de 2000 y de 2007, el riesgo de no encontrarse preparados para afrontar crisis políticas o sanitarias como el coronavirus COVID-19, por falta de reservas y/o de empresas en el territorio, en condiciones de poder dar respuestas oportunas con todas las consecuencias posibles con respecto a la protección de la comunidad en sus significativas expresiones de garantía de la salud, de la ocupación y de la economía.

En este sentido se puede decir que la pandemia ha contribuido a determinar la necesidad de un nuevo orden que, sin embargo, no puede traducirse en un salto hacia atrás con el hundimiento de la economía mundial provocado por nacionalismos o por insostenibles aislacionismos.

Por otra parte, continúan creciendo los fenómenos de integración debido a la economía digital, a la inteligencia artificial, a la movilidad vinculada, entre otras cosas, al turismo, a la cultura y servicios anexos.

²⁰ Ciaccia, Mario, “Pasillos infraestructurales y sustentabilidad financiera”, Chang’an y Roma. Eurasia y Ruta de la Seda. Derecho, Sociedad, Economía, SEA, Colección de Estudios Euroasiáticos, nº 1, Wolters Kluwer, 2019, pp. 675 y sigs.

²¹ Schifferes, Steve, “¿Marcará el coronavirus un punto de inflexión para la globalización? Las lecciones de la historia no son alentadoras”, The Conversation, Business Insider, 8 de abril de 2020.

²² Para un análisis crítico de la globalización, confinamiento: “El coronavirus ha cambiado el mundo. ¿Es el fin de la globalización?”, Asarva.org, 6 de marzo de 2020.

Se impone, sin embargo, un replanteo sobre términos y límites de la cadena global del valor, replanteando en un número más limitado a los países con interdependencia, favoreciendo así una tendencia ya existente por parte de diversas multinacionales y estimulando, al respecto, los fondos de inversión.

7. SLOWBALISATION (GLOBALIZACIÓN RALENTIZADA) Y NUEVO ORDEN MUNDIAL

Para algunos sectores considerados estratégicos, se podrían además crear las condiciones para la realización de realidades empresariales específicas a través de la PPP y ampliando *mutatis mutandis*, el instrumento de la *golden power*²³. En definitiva, la globalización, como era entendida en el pasado, ha perdido sus características exasperadas encaminándose (según algunos) a una desaceleración denominada “slowbalisation” que, como lo ha señalado con autoridad Michael Spence, Premio Nobel de Economía 2001, podría no ser un mal sino, en cambio, una solución que evite algunos excesos y desequilibrios²⁴ de una globalización que revela su fragilidad, cuando debería, en cambio, desenvolverse con una regularidad más sustentable.

Al respecto, es necesario compartir la opinión de quienes consideran que se está produciendo una evolución hacia un nuevo orden mundial multipolar²⁵ en el que cambian los equilibrios globales y que actualmente está formado por cuatro zonas regionales, Estados Unidos, China, Europa e India, las cuales ya se distinguen en las redes de comunicación, en el funcionamiento de las economías, en el ordenamiento normativo, en la cultura, en la actitud con respecto a las nuevas tecnologías materiales e inmateriales, de la digitalización a la inteligencia artificial.

Por lo tanto, la multipolaridad no parece una construcción teórica en cuanto se introduce un sistema que ha sido felizmente definido como “globalización de base regional”²⁶, que en razón de una previsible competencia entre las grandes zonas regionales mencionadas, llevarán al refuerzo de sus respectivas economías y determinarán a través de una coherente política industrial, una razonable semi-autosuficiencia²⁷. En lo que respecta a Europa, debe considerarse que, a la luz de la experiencia vivida, implicará la producción de principios activos farmacéuticos o de maquinarias indispensables para intervenciones sanitarias, evitando la dependencia con respecto a determinadas zonas del planeta.

²³ Se refiere a la legislación que Italia permite al Estado intervenir en operaciones de mercado en sectores estratégicos (nt).

²⁴ Spence, Michael, “La globalización es arriesgada pero el mundo tenía que ser reconfigurado”, El Sol Ore, entrevista del 22 de octubre de 2018.

²⁵ Michael O’Sullivan, “The Levelling”, cit., Public Affairs, Abril 2019.

²⁶ Prodi, Romano, “Corriere della Sera”, Economía e Política, 6 abril 2020, Dario Di Vico, p. 13. Véase también Prodi, Romano, “El lento paso del mundo unipolar a un mundo controlado por más potencias regionales continúa hasta el infinito porque la redefinición de las esferas de influencia y de sus fronteras es un proceso tan complicado que nunca se puede considerar concluido”, 2020.

²⁷ Manzocchi, Stefano, “Economía y Política”, p. 13.

Es también de considerar que para algunos sectores se afirma una regionalización de los intercambios y más en general un refuerzo del comercio entre países de la misma zona como Mercosur o la Unión Europea. Sin duda, la multipolaridad plantea nuevos y delicados problemas geopolíticos en términos, entre otros, de recursos ambientales, energéticos, de seguridad, recursos hídricos, alimentarios, de fenómenos migratorios que deberán afrontarse a través de nuevos acuerdos internacionales²⁸.

La multipolaridad es el gran desafío de este siglo; nuevos equilibrios y nuevas compatibilidades deberán definirse en el redescubrimiento del capital social que da financiación al tejido fundamental constituido por las redes relacionales; por la recíproca confianza, por las normas y por los principales elementos que permitan a los miembros de una comunidad trabajar juntos para conseguir en el intercambio los mejores resultados posibles en el interés general²⁹.

Para favorecer, en cualquier caso, un desarrollo y crecimiento respetuoso de los derechos humanos y del medio ambiente, deberá prestarse constante atención a los principios irrenunciables de la democracia para evitar que, en la diversidad de las lenguas políticas opuestas, se desarrollen principios contradictorios sobre temas que no admiten divergencias.

8. EL CAPITALISMO DIGITAL. CRÍTICAS

Será necesario estar atentos para prevenir que, en el declive de la “globalización totalizante”, el espacio que queda vacío no sea ocupado por lo que agudamente se ha definido³⁰ *Capitalisme Numerique*, es decir, por un “Capitalismo Digital” que se alimenta de la enorme masa de datos producidos constantemente por la sociedad de la información y capturados por las nuevas tecnologías con plataformas de empresas privadas. De hecho, el peligro es que tal capitalismo se convierta en un “nuevo monstruo” capaz de robarnos nuestra libertad y de modificar nuestros comportamientos, en la búsqueda de beneficios que nada tienen que ver con apreciables reducciones de costos pero que, en cambio, implican un proceso de deshumanización que forma parte de lo que se ha descrito eficazmente como “El capital de vigilancia”³¹.

Por lo tanto, se requieren ya indispensables normas férreas que regulen ciertos poderes privados que hoy, carentes de responsabilidad, golpean, utilizando algoritmos no transparentes, a los irrenunciables valores de libertad y dignidad humana³².

²⁸ Para un análisis general sobre la geopolítica, v. Danilo Ceccarelli Morolli, *Apuntes de Geopolítica*, Valor Italiano, 2018.

²⁹ R. D. Putnam, “Making Democracy Work: Civic tradition in modern Italy”, 1993.

³⁰ Cohen, Daniel, “La crisis del coronavirus señala la aceleración de un nuevo capitalismo, el capitalismo numérico”, *Le Monde*, 2 de abril de 2020.

³¹ Shoshana Zuboff, “El capitalismo del control: el futuro de la humanidad en la era de los nuevos poderes”, LUISS University Press, 2019.

³² Pitruzzella, Giovanni y Pollicino, Oreste, “Un nuevo humanismo digital para plataformas más transparentes”, *El Sol 24 Ore* 10 abril 2020, p. 23.

CORONAVIRUS E IUS.
LA SCIENZA GIURIDICA DEL XXI SECOLO
AI TEMPI DELLA GRANDE PANDEMIA

RICCARDO CARDILLI*

1. VIRUS PANDEMICI NELLA STORIA

Dalla comparsa del *coronavirus* (nella sua variante cd. COVID-19 o SARS-CoV-2), fra il dicembre del 2019 ed il gennaio del 2020 in Cina¹, la polmonite virale da esso provocata si è diffusa a mano a mano in tutto il mondo, colpendo dapprima i paesi dell'Asia dell'est, poi dell'Asia centrale e dell'Europa, ed infine dell'Africa e delle Americhe. La sua velocità di propagazione è stata direttamente proporzionale alla velocità dei collegamenti aerei del XXI secolo fra i vari continenti della terra. L'assenza di cure specifiche contro il *virus* e la sua aggressività, in termini di infezioni polmonari e cardiache gravi, hanno fatto del COVID-19 un vero flagello per l'umanità.

I significati delle parole, dalla loro comparsa nella storia umana, a volte si depositano sul fondo di una coltre di nuovi significati che sono ad esse nel tempo riconosciuti, sovrapponendosi ai primi. Storicamente, la cultura di una comunità umana può

* Profesor Catedrático de Derecho Romano y Fundamentos del Derecho Europeo en la Universidad de Roma Tor Vergata. Director del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la misma Universidad. Coordinador del Centro de Estudios Eurasiáticos CSEA de la misma Universidad. Miembro de la Junta Directiva de la Universidad de Roma Tor Vergata. Decano de la facultad de Ciencias Políticas del Departamento de Jurisprudencia en la misma Universidad.

¹ Sul problema della sua origine naturale o artificiale, si vd. la messa a punto di K. J. Andersen, A. Rambaut, W. Ian Lipkin, E. C. Holmes and R. F., Garry, *The proximal origin of SARS-CoV-2*, in *Nature Medicine*, 26, april 2020, 450-455. Sulle tensioni internazionali ingenerate dalle accuse tra i vari Paesi rispetto al problema del contenimento dell'epidemia si vd. C. Emmons, *International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency*, 2020 (in *Verfassungsblog* - online).

inconsapevolmente dimenticare questi strati di significato più profondi, ma come spesso accade per quei processi imprevedibili della storia delle idee, essi possono di nuovo essere resi attualissimi e scuotersi dal torpore linguistico nel quale erano caduti, per imporsi con forza alle menti dei contemporanei.

Una di queste parole è “epidemia” e il suo correlato “pandemia”. Esse hanno assunto nel linguaggio scientifico della medicina un significato specializzato con un elemento chiaro di distinzione sul piano dell’estensione dell’infezione:

“epidemia: *manifestazione collettiva d’una malattia (colera, tifo, vaiolo, influenza, ecc.), che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto*”;

“pandemia: *epidemia con tendenza a diffondersi ovunque, cioè a invadere rapidamente vastissimi territori e continenti. La pandemia può dirsi realizzata soltanto in presenza di queste tre condizioni: un organismo altamente virulento, mancanza di immunizzazione specifica nell’uomo e possibilità di trasmissione da uomo a uomo*”².

La relazione semantica è di natura sinonimica convenzionale, in rapporto di *genus-species*, caratterizzata dalla differenza specifica che la pandemia è un’epidemia che invade vastissimi territori. Questo non è, tuttavia, il significato originale. La parola *epidemia* in Ippocrate e Galeno esprime un *loimós* (in latino *pestis*) che infetta un’ampia comunità di uomini.

Nella parola “epidemia” e nel suo correlato “pandemia”, parole costruite per derivazione, ha in realtà un ruolo predominante la parola greca *demos* che significa popolo, da cui ad esempio “democrazia”, nel senso di governo/potere del popolo³. In epidemia e pandemia i prefissi *epi* (su/sopra) e *pan* (tutto) ne specificano il significato nel senso di ciò che ricade “sul” popolo, rafforzandosi in *pan* nel senso di tutto il popolo. Nel significato originario della parola greca, la dimensione spaziale, riflessa poi nelle lingue moderne per la differenza tra epidemia e pandemia, non è significativa, essendo invece predominante la dimensione relazionale connessa alla comunità umana coinvolta.

Nel linguaggio della scienza medica (fin dall’antichità), per metonimia, le parole surricordate hanno acquisito il significato specialistico di malattie virali o batteriche a propagazione estesa e incontrollata, nel senso di “peste pernicioso”⁴.

² *Dizionario della medicina*, Istituto Treccani (online).

³ Sulla decostruzione concettuale della parola moderna “democrazia” (intesa essenzialmente, nel costituzionalismo moderno, nella forma della cd. democrazia rappresentativa) per comprendere il significato originario di “democrazia” nel pensiero filosofico, politico e storiografico antico, vd. L. Canfora, *Democrazia. Storia di un’ideologia*, Roma-Bari, 2006. Sul complesso rapporto tra “democrazia” greca e concezione di *res publica* come *res populi*, si vd. P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1971; G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, 1990, pp. 111 y ss., esemplarmente espressa in Cicero *De re publica* I, 26, 39-41. Sul rapporto tra principio democratico e diritto pubblico romano, con posizioni non coincidenti, si vd. P. Catalano, *Il principio democratico a Roma*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris* 28, 1962, pp. 316 ss. e F. De Martino, *La costituzione della città-stato*, in A. Momigliano e A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, vol. I. *Roma in Italia*, Torino, 1988, pp. 345 ss.

⁴ Galenus, in *Hipp. comm.* 2.1 ss.

Nelle fonti latine ricorre con il significato del greco “epidemia” la parola *pestilentia* derivata da *pestis* per descrivere gli effetti di una malattia infettiva con un impatto ampio sulla popolazione⁵.

Le fonti greche e romane antiche ricordano, a fronte di numerosissime epidemie, più o meno estese territorialmente, quattro grandi pandemie scoppiate nell’antichità. La peste che investì Atene tra il 430 a.C. al 426 a.C. ricordata da Tucidide, la peste cd. Antonina che investì l’Impero Romano tra il 165 d.C. al 180 d.C.⁶, la peste cd. di Cipriano intorno al 250 d.C.⁷ ed infine la Peste giustiniana del 541 d.C.⁸.

Di queste, una più di tutte sembra aver avuto effetti devastanti, la cd. peste Antonina, che ha flagellato l’impero per più di dieci anni e ucciso, secondo alcuni storici antichi, anche gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero.

Coerente ad un metodo determinista di interpretare i fatti storici, la storiografia antica si sforza di cogliere le cause prossime degli avvenimenti, per lo più con orientamenti aneddotici, non sempre in grado di cogliere quella che una scuola storiografica del XX secolo, quella degli *Annales*, indicherà come i fattori permanenti e di lungo periodo nella Storia.

Lo storico Ammiano Marcellino (ca.330-332 d.C.- ca.397-399 d.C.) nei suoi *rerum gestarum libri XXXI* tramanda una spiegazione aneddótica della causa prossima della grave epidemia avutasi sotto l’imperatore Marco Aurelio e Lucio Vero, conosciuta appunto come “peste Antonina”.

Amm. Marc. 23.6.24: “Una volta espugnata ‘la città di Seleucia’ dai generali di ‘Lucio’ Vero Cesare—come abbiamo narrato in precedenza—la statua di Apollo Comeo (= Cumeo) fu tolta dalla sua sede e portata a Roma e qui i sacerdoti la collocarono nel tempio di Apollo Palatino. Si racconta che dopo la razzia di questa statua, mentre la città era in fiamme, alcuni soldati, che rovistavano nel tempio, trovarono un foro angusto e, sperando di trovare qualcosa di prezioso, lo aprirono e da un recesso chiuso con sopra iscritte formule magiche dei Caldei balzo fuori una pestilenza primordiale che, prodotta dalla forza di insanabili malattie (*insanabilium vi concepta morborum*), contaminò con contagi e morti tutto l’impero dagli stessi confini della Persia fino alla Gallia e al Reno, all’epoca dello stesso Vero e di Marco ‘Aurelio’ Antonino”⁹.

⁵ Significativa la ricorrenza di *pestilentia* nella terza delle *notiones deorum*, quella che terrorizza gli uomini, in Cic. *de nat. deor.* 2. 13-14: “*Cleanthes quidem noster quattuor de causis dixit in animis hominum informatas deorum esse notiones, primam posuit eam, de qua modo dixi, quae orta esset ex praesensione rerum futurarum; alteram, quam ceperimus ex magnitudine commodorum, quae percipiuntur caeli temperatione, fecunditate terrarum aliarumque commoditatum complurium copia; [14] tertiam quae terreret animos fulminibus, tempestatibus, nimbis, nivibus, grandinibus, vastitate, pestilentia, terrae motibus et saepe fremitibus lapideisque imbris et guttis imbrium quasi cruentis, tum labibus aut repentinis terrarum hiatibus [...]*”.

⁶ J. F. Gilliam, *The Plague under Marcus Aurelius*, in *The Americ. Journal of Philology* 82/3, 1961, pp. 225 ss.

⁷ K. Harper, *Pandemics and passages to late antiquity: Rethinking the Plague of 249-270 described by Cyprian*, in *Journal of Roman Archeology*, 28, 2015, pp. 223 ss.

⁸ Su quest’ultima si vd. il volume collettaneo L. K. Little (a cura di), *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541-750*, Cambridge, 2007.

⁹ *Qua per duces Veri Caesaris, ut ante rettulimus, expulsata, avulsum sedibus simulacrum Comei Apollinis perlatumque Romam in aede Apollinis Palatini deorum antistites collocarunt, fertur autem quod post direptum*

L'esercito di Marco Aurelio, sotto la guida di Lucio Vero, sconfisse i Parti a Seleucia al Tigri, nel 164 d.C. Il fatto come narrato da Ammiano, il cui metodo storico era caratterizzato da ricerche sul campo, in archivi e biblioteche, attraverso rapporti ufficiali, ma anche grazie al ricordo orale degli eventi storici da parte dei protagonisti¹⁰, è pervaso da una vena moraleggiante, tesa a stigmatizzare il comportamento dei soldati romani che, per la loro avidità, non soddisfatti dalla sottrazione della statua di Apollo, simbolo della città conquistata, aprono nel tempio uno scrigno con iscrizioni Caldee, finendo per scatenare la violenza della peste in tutto l'Impero. La vera causa dell'epidemia non sarebbe tanto la casualità, quanto la condotta sacrilega dell'esercito romano a Seleucia. La concatenazione, particolarmente efficace, degli eventi resa nella sequenza "*quod post direptum hoc idem figmentum/contagiis polluebat*" evidenzia come ad una lettura descrittiva, si colleghi in realtà uno strato più profondo, che denota il giudizio storico di Ammiano sulle cause della grave epidemia. La forza dell'immagine della *labes primordialis, quae insanabilium vi concepta morborum... contagiis polluebat*, rende plasticamente l'espansione irrefrenabile dell'epidemia nei territori dell'Impero Romano.

Nelle fonti latine si ha un'altra straordinaria testimonianza degli effetti sul "popolo" di un'epidemia, dal *de rerum natura* di Lucrezio Caro.

Lucretius *De rerum natura* VI. 1138-1153: "Un tempo, questo tipo di morbo e flusso mortifero sparse i campi di cadaveri nel regno di Cecrope [mitico re di Atene] devastò le strade e svuotò la città di abitanti. Infatti, nato dalle parti più interne dell'Egitto, dopo aver attraversato vaste regioni di cielo e fluttuanti distese marine si abbatté infine sopra tutto il popolo di Pandione [altro leggendario re di Atene] e allora a mucchi cadevano preda della malattia e della morte. All'inizio avevano il capo bruciante di un ardore infuocato ed ambedue gli occhi arrossati per un bagliore diffuso le fauci nere, inoltre, all'interno sudavano sangue ostruita di piaghe la via della voce si serrava, e la lingua, interprete dell'animo, gocce di sangue stillava, fiaccata dal male, impacciata nel movimento, ruvida al tatto. Poi, attraverso la gola invadeva i polmoni e affluiva nel cuore afflitto dei malati, allora davvero tutte le barriere della vita vacillavano"¹¹.

hoc idem figmentum incensa civitate milites fanum scrutantes invenere foramen angustum, quo reserato, ut pretiosum aliquid invenirent, ex adyto quodam concluso a Chaldaeorum arcanis labes primordialis exiit, quae insanabilium vi concepta morborum eiusdem Veri Marcique Antonini temporibus ab ipsis Persarum finibus ad usque Rhenum et Gallias cuncta contagiis polluebat et mortibus. Sulla testimonianza si vd. J. de Boeft, J. W. Drijvers, D. den Hengst, H. C. Teitler, *Philological and Historical Commentary on Ammianus Marcellinus XXIII*, Groningen, 1998, pp. 158 ss.

¹⁰ Sul metodo storico di Ammiano Marcellino si vd. G. Sabbah, *La méthode d'Ammien Marcellin. Recherches sur la construction du discours historique dans les res gestae*, Paris, 1978.

¹¹ *Haec ratio quondam morborum et mortifer aestus / finibus in Cecropis funestos reddidit agros / vastavitque vias, exhaustis civibus urbem. / Nam penitus veniens Aegypti finibus ortus, / aera permensus multum camposque natantis, / incubuit tandem populo Pandionis omni. / Inde catervatim morbo mortique dabantur. / Principio caput incensum fervore gerebant / et duplicis oculos suffusa luce rubentis. / Sudabant etiam fauces intrinsecus atrae / sanguine et ulceribus vocis via saepta coibat / atque animi interpretes manabat lingua cruore / debilitata malis, motu gravis, aspera tactu. / Inde ubi per fauces pectus completrat et ipsum / morbida vis in cor maestum confluxerat aegris, / omnia tum vero vitai claustra lababant.*

Il poeta e filosofo, seguace della corrente dell'epicureismo, disegna con particolare efficacia gli effetti dell'epidemia che colpì Atene tra il 430 a.C. e il 426 a.C. Nell'antichità la fonte più importante sulla grave *pestilentia* che aveva colpito Atene, la *polis* democratica per eccellenza, era stato Tucidide¹².

La grave epidemia è descritta da Lucrezio come *ratio morborum et mortifer aestus*, con una immagine efficacissima che denota la forza della malattia e la sua mortale diffusione. Di essa sono colti gli effetti sulla città (qualificata da Lucrezio come *urbs*)¹³: innanzitutto il suo impatto sulla produzione agricola dei campi, poi la devastazione delle strade e in fine lo svuotamento dell'*urbs* dai propri *cives* (*funestos reddidit agros / vastavitque vias, exhaust civibus urbem*).

Lo sguardo del poeta è sensibile al potente “duello tra forze della vita e quelle della morte”¹⁴, con una descrizione dettagliata degli effetti della malattia e del senso di assenza e di vuoto che propaga nella città, tesa a coglierne gli estesi effetti sul *populus*. In sostanza, in Lucrezio si ha una lettura per così dire “naturalistica” dell'avvenimento, ma anche una lettura politico-sociologica. Non sono soltanto le pesanti conseguenze in termini di morti e di malati ad essere evidenziate nella riflessione del poeta e filosofo romano, ma anche quelle relative alla tenuta “politica” della “città-stato”, le quali comportano il venir meno della componente convenzionale, elemento fondante della *polis* democratica, del rapporto tra cittadini e governanti.

Il piccolo spiraglio che si intravede nel testo di Lucrezio ha una sua matrice essenziale in Tucidide (ca. 460 a.C. - ca. 404-399 a.C.). Nelle sue *Storie*, infatti, vi è un passaggio fondamentale, nel quale, dopo aver fatto una descrizione dettagliata dell'origine dell'epidemia, del suo impatto sulla città di Atene e sui suoi cittadini, dei sintomi della stessa (Thuc. *hist.* 2.47.3-2.52), Tucidide dedica alcune righe alle ricadute politiche dell'epidemia proprio sulla tenuta della *polis*, in conseguenza della disperazione che aveva colto i suoi cittadini per il sovvertimento di ogni certezza economica e di aspettativa di vita (Thuc. *hist.* 2.53.1-3).

Tucidide, *Storie* 2.53.4: “Nessun freno ‘rappresentava’ il timore divino (*theôn phóbos*) o la legge degli uomini (*antrópon nómos*): rispetto e sacrilegio non si distinguevano, da parte di chi assisteva al quotidiano spettacolo di una morte che colpiva senza distinzione, ciecamente. Inoltre, nessuno concepiva il serio timore di arrivar vivo a rendere conto alla giustizia dei propri crimini. Avvertivano sospesa sul loro capo una condanna ben più pesante: e prima che s'abbattesse, era umano cercare di goder un po' della vita”¹⁵.

¹² Thucydides *historiae* 2.47.3-2.54.

¹³ Per la differenza sostanziale tra concetto romano di *Urbs*, il suo correlato di *civitas* e la *polis* greca, vd. M. Cacciari, *La città*, Rimini, 2009, pp. 7 ss.

¹⁴ I. Dionigi, *Lucrezio: Le cose e le parole*, Bologna, 1988, p. 90.

¹⁵ Thucydides *historiae* 2.53.4. Si vd. su Tucidide L. Canfora, *Tucidide. La menzogna, la colpa, l'esilio*, Roma-Bari, 2016.

Le conseguenze dell'epidemia passano dall'essere gravi dal punto di vista della sanità ad esserlo per l'economia ed in generale per la tenuta "politica" della *polis*. A questo riguardo è illuminante, per cogliere l'impatto della malattia sugli ateniesi, come i sopravvissuti reinterpretavano l'antico oracolo "verrà la guerra Dorica e la pestilenza (*loimós*) con essa", discutendo se in esso si fosse fatto riferimento in realtà a "fame" (*limós*), piuttosto che a "pestilenza" (Thucyd., *hist.* 2.54.2-3). *Loimós* e *limós* esprimono una polarità, non caratterizzata dal binomio vero-falso, ma da quello della realtà che la comunità cittadina stava vivendo.

D'altronde Tucidide ne è stato diretto testimone, come egli stesso si premura di dire ("La mia relazione si fonda su personali esperienze: ho sofferto la malattia e ne ho osservato in altri il decorso"; *hist.* 2.48 i.f.).

Proprio questa dualità di effetti, indicata espressamente in Tucidide, ma che echeggia anche nel passaggio del *de rerum natura* di Lucrezio, ha un valore illuminante sull'oggi, su quanto sta accadendo al tempo del COVID-19.

L'impressione lasciata dal dualismo (epidemia - fame) tucidideo è confermata e potrebbe esprimersi nella contrapposizione tra effetti del *virus* sul corpo fisico degli uomini ed effetti dello stesso sul corpo politico dei cittadini o, se vogliamo, nella tensione tra *virus* e *demos/populus*. Nella descrizione di Tucidide la bilancia sembra pendere inesorabilmente a favore del primo, data la disgregazione del *demos* non arginata dal *nomos*.

Ciò rappresenta, a mio avviso, una arricchente chiave storica di lettura del problema posto dalla pandemia da *coronavirus* nell'età contemporanea rispetto anche alle forme e ai contenuti giuridici con cui gli Stati moderni stanno fronteggiando la cosa.

2. PANDEMIA E STATO MODERNO: "SILENT ENIM LEGES INTER ARMA"

La pandemia in corso ha determinato, come già aveva intuito Tucidide rispetto ad Atene, una causa di forte crisi della tenuta della *polis* democratica. Nell'attuale situazione, si coglie analogamente la sua incidenza sulla capacità delle forme politiche statuali, nelle loro diverse declinazioni, di fornire una reazione efficace allo stato di necessità venutosi a creare, con strumenti giuridici adeguati allo scopo.

Il *nomos* e lo *ius* contemporanei si stanno dimostrando uno strumento adeguato ed a quale prezzo per la gestione della emergenza?

Un primo profilo che voglio evidenziare è l'emersione del "caos". Dalla comparsa del *virus* e dalla percezione dei suoi effetti devastanti sulla salute degli esseri umani, le risposte che mano a mano i singoli stati, nell'esercizio della loro sovranità sui territori colpiti, hanno elaborato non sono state univoche e hanno risentito fortemente della loro diversa organizzazione politica. Così è normale che un Paese che abbia una forte struttura centralizzata di gestione del territorio nazionale si sia orientato a fissare risposte univoche sul territorio nazionale, mentre quello caratterizzato da un modello federativo oppure decentralizzato con competenze di autonomia di più piccoli enti pubblici territoriali si sia orientato a diversificare le politiche in materia a seconda della diffusione territoriale del *virus*.

Si è sviluppata, quindi, nelle seconde forme costituzionali una alta conflittualità decisoria in connessione alle soluzioni che potevano sembrare sensate da una prospettiva nazionale oppure federale, ma non lo erano dal punto di vista regionale o dei singoli stati federati.

E qui già si evidenzia in una prospettiva giuridica il primo grave paradosso: quello della difficoltà degli stati *uti singuli* di fronteggiare efficacemente la diffusione del *virus*, in quanto quello del diritto e della sovranità nazionale, come condizionamento storico profondo della vita politica ed internazionale del contemporaneo giuridico, è elemento di forte resistenza ad una risposta celere ed efficace contro un *virus* pandemico. Detto in altro modo, il confinamento del diritto negli spazi territoriali dello stato moderno non può fronteggiare problemi di dimensione globale. Difficoltà non nuove, già ampiamente sondate sul piano dello sforzo di realizzazione di sfere di diritto comune in una dimensione ultra-statale e di efficace risposta a problemi sovranazionali (quali il terrorismo e le catastrofi naturali).

Al primo paradosso se ne aggiunge un altro: l'ossimoro della "democrazia in uno stato di eccezione"¹⁶. Di fronte ad una situazione eccezionale che si presume non possa essere fronteggiata con gli strumenti costituzionalmente previsti nel normale svolgimento della vita democratica di uno stato, il costituzionalismo moderno, di impronta normativa e formale, ha grandi difficoltà a trovare meccanismi adeguati ed efficaci di risposta sul piano normativo, senza inevitabilmente anche incidere sui fondamenti democratici della sua stessa esistenza. Il rischio per gli stati "democratici", da questo punto di vista, è quello di svelare il loro lato più ideologico, dimostrando di essere inidonei a costruire una risposta efficace per fronteggiare attraverso una forma giuridica che non neghi se stessa l'*Ausnahmezustand*.

Il pensiero giuridico del XX secolo aveva già posto al centro di questo tipo di problemi la questione della difficoltà dello stato, quantomeno nella sua rappresentazione costituzionale formale e normativa, di esprimere al suo interno efficaci strumenti di difesa da un rischio grave e irresistibile incombente.

La risposta che Carl Schmitt nel 1921 diede al problema, fu sorprendente, ma altresì anche molto lucida. Ripercorrendo, infatti, storicamente l'ideologia dell'istituto giuridico della dittatura, dal *dictator* romano, fino alla "dittatura" del proletariato di Lenin¹⁷, egli individuò due sue principali declinazioni: la dittatura commissaria e quella sovrana, le quali, pur fondandosi su contenuti diversi del rapporto tra potere e diritto, realizzerebbero entrambe il paradosso dello stato di eccezione. Esse, per poter difendere il bene maggiore, cioè la conservazione e la salvaguardia dello stato di fronte ad un grave rischio incombente, dovrebbero inevitabilmente aggredirlo. Nella sua essenza più intima, la dittatura, quindi, sembra essa stessa un'anomalia costituzionale, o meglio potrebbe dirsi l'anomalia per eccellenza. La dialettica tra proteggere ed allo stesso tempo aggredire, minare dalle fondamenta ciò che vuole tutelare. Dalla prospettiva schmittiana, è chiaro che la dittatura come necessaria

¹⁶ Sul problema vd. ora M. Lemke, *Demokratie im Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten*, Frankfurt/New York, 2017.

¹⁷ C. Schmitt, *Die Diktatur von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München und Leipzig, 1921.

conseguenza dello stato di eccezione, ne assume tutti i limiti di configurazione rispetto al diritto. Come quest'ultimo è una fase di sospensione del diritto e delle libertà fondamentali, così la prima è essa stessa difficilmente inquadrabile nel giuridico, se non in termini di effettività.

Ciò svela una sovrastruttura concettuale del giuridico contemporaneo che tende a relegare quanto non sia ordine e norma, quanto non sia formalmente valido secondo i parametri costituzionali dati, nel mondo del fatto.

Antitetica a questa prospettiva è quella romana, nella quale il *ius* (e non solo la *lex*) è dotato di ampia pervasività. Nella complessa storia della *res Romana* (dal modello regio al repubblicano, da quest'ultimo al modello imperiale) emerge una concezione del *ius* in chiave non statica, ma dinamica, sostanziale e non formale, che si riflette inesorabilmente anche sulla capacità di includere nel *ius* la conflittualità e l'eccezionalità, tanto da farne elementi di stimolo e strumenti efficaci di sviluppo di quella che potremmo chiamare la "costituzione Romana". Un dato fondamentale è quello che la conflittualità e l'eccezionalità non sono percepite come espressioni esclusive del fatto e del "non diritto". A Roma si deve ad esempio usare con molta attenzione la categoria storica della "rivoluzione" –fondamentale, invece, per comprendere gli svolgimenti della storia europea e americana dei secoli dal XVII al XX– in quanto non è presente l'idea di sostituzione del fatto rivoluzionario sull'ordine costituito e l'imposizione effettiva di un nuovo ordine giuridico, come fondamento fattuale (cd. principio di effettività) della nascita di un nuovo ordinamento giuridico¹⁸. Il *ius* dei Romani è in sostanza strumento di inclusione della conflittualità che anche nella sua dinamica non è contrario al diritto, ma fattore giuridico di sviluppo, in una percezione del *continuum* giuridico che, pur nei profondi cambiamenti delle forme politico-giuridiche di sua realizzazione, può esprimersi nella categoria unitaria dell'*imperium Romanum*¹⁹.

Questo ha precise conseguenze sulla percezione romana di quello che Carl Schmitt chiamava l'*Ausnahmezustand*. Nella dittatura degli antichi²⁰, cioè, almeno fino alla sua forzata reinterpretazione in chiave di magistratura vitalizia con Cornelio Silla e la *lex de Sulla dictatore* dell'82 a.C., la dittatura non è percepita come stato di eccezione sospensivo del *ius* per gestire una situazione straordinaria, ma come una magistratura pienamente adeguata alla gestione di momenti eccezionali. Il principio inderogabile della sua configurazione pienamente giuridica è dato dalla natura temporanea (massimo sei mesi) e di scopo di questo tipo di magistratura. Non è quindi la dialettica tra diritto e fatto, ma quella della tenuta delle forme costituzionali ad una situazione eccezionale attraverso uno strumento giuridico riconosciuto come acconcio ad affrontarla.

¹⁸ Per una critica attraverso il diritto romano del rapporto tra fatto e diritto come pensato nella concezione moderna, si vd. per tutti P. Catalano, *Diritto e persone*, Torino, 1990, vii ss.

¹⁹ P. Catalano, *Impero: un concetto dimenticato del diritto pubblico*, in *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di L. Prosdocimi*, II, Roma, 2000, pp. 29 ss.

²⁰ Sulla contrapposizione tra dittatura degli antichi e dittatura dei moderni, importante il volume collettaneo G. Meloni (a cura di), *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983.

La prospettiva moderna, invece, chiaramente incide su tutti i contenuti sensibili del giuridico che investono i moderni stati democratici, i quali sul piano della stabilità e del funzionamento, hanno difficoltà ad elaborare soluzioni adeguate senza negare se stessi. La negazione di se stessi, anche se strisciante od implicita, potrebbe essere seriamente foriera di una stagione futura anti-democratica.

La partita che si sta giocando, quindi, anche se spesso sembrerebbe in modo quasi inconsapevole, è quella dei valori repubblicani e democratici di molti paesi nel mondo, con una scienza giuridica che sembra restare immobile e staticamente ferma ai contenuti formali della costituzione, invece che dinamicamente orientata alla ricerca della difesa del nucleo sostanziale e fondamentale del giuridico nell'ambito delle diverse comunità coinvolte. In sostanza, è necessario reagire all'idea profonda e radicata nel nostro sentire giuridico che *silent enim leges inter arma*. Proprio sul piano del *ius* e del *nomos* si gioca la vera partita su come fronteggiare la pandemia senza negare i nostri valori fondamentali.

3. PANDEMIA E CONTRATTO. VIS MAIOR E REBUS SIC STANTIBUS

Un altro significativo ambito nel quale si coglie la verifica di tenuta del *ius* rispetto all'eccezionalità della situazione che stiamo vivendo è quello contrattuale. La conclusione del contratto cristallizza, infatti, una previsione di soddisfacimento degli interessi perseguiti dalle parti che può subire l'evoluzione della realtà. La distribuzione del rischio intrinseco a tale evoluzione, in rapporto al contratto, si dovrebbe effettuare, innanzitutto, attraverso regole proprie dello stesso, come ad es. la sua gestione in termini di attrazione dell'accadimento nel rischio contrattuale tipico ovvero convenzionale assunto dalla parte contraente. Sussidiariamente a queste regole di trattamento del rapporto tra contratto e "rischio della realtà"²¹, potrà affrontarsi la questione dello scioglimento del vincolo contrattuale o del suo riadeguamento alla nuova situazione. Questa potrebbe chiamarsi la "sopravvenienza" in senso stretto.

La mentalità giuridica del XIX secolo, condizionata da prospettive "volontaristiche" e "soggettivistiche", si è orientata a risolvere i problemi delle sopravvenienze in una prima fase in termini di condizione risolutiva "implicita" ed "inespressa" della volontà negoziale a che accada o non accada un evento specifico futuro (dato per presupposto, ma non espressamente manifestato come condizione nella dichiarazione di volontà) o più in generale a che la situazione esistente al momento di conclusione del contratto resti inalterata fino all'estinzione per adempimento delle obbligazioni assunte.

La piena maturazione pandettistica della teoria del negozio giuridico gioca un ruolo fondamentale nell'esclusiva ricostruzione della rilevanza della sopravvenienza come situazione limitante la volontà.

²¹ Così, efficacemente, W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1992, p. 497.

Quanto l'impostazione tipologica incida sulla prospettiva del modo di rappresentarsi il problema, è ben evidente nella teoria della *Voraussetzung* di Windscheid²². Il negozio giuridico, come dichiarazione di volontà che produce effetti giuridici con essa coerenti, si pone come prospettiva fondante il sistema giuridico entro il quale si elabora la teoria della presupposizione. Essa è una “condizione non isvolta (una limitazione di volontà che non si è svolta fino ad essere una condizione)”²³. Si ha un esame puntuale dei moventi che accompagnano la conclusione del contratto, alla ricerca di idonei criteri discretivi per rendere immune la stabilità del vincolo contrattuale dall'arbitrio delle parti, senza, però, escludere una rilevanza di interessi di esse non esplicitati in sede di conclusione del contratto stesso, né inerenti alla sua funzione, ma ugualmente meritevoli di tutela²⁴.

Vuoi l'impostazione tipologica (volontaristica), vuoi il metodo utilizzato (sistematico) hanno quindi influenzato la formulazione del concetto di presupposizione. Esso, peraltro, frutto di eccessiva astrazione, ha operato da filtro fuorviante del fenomeno esaminato, in quanto la sopravvenienza non può slegarsi da un'attenta analisi del contenuto del contratto²⁵.

La teoria della presupposizione fu oggetto di aspra critica dagli stessi contemporanei²⁶. Proprio l'angolatura del Windscheid, ed in particolare la scelta di risolvere i sostanziali mutamenti del rapporto contrattuale nella sua dinamica sulla base “di una concezione volontaristica inscindibile dalla volontà delle parti”, risulta inficiare l'idoneità della teoria sul piano della stabilità dei traffici commerciali²⁷, la quale non troverà spazio nella versione finale del BGB del 1900²⁸.

²² M. Bessone - A. D'Angelo, *Presupposizione*, in ED. XXXV, Milano, 1986, pp. 326 ss.

²³ B. Windscheid [- Th. Kipp], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906, I, 507 [= *Diritto delle pandette*, I, trad. it. C. Fadda - P. E. Bensa, 394-395].

²⁴ La riflessione, che inizia con la monografia del 1850 si arricchisce e diviene il frutto di ponderata riconsiderazione, anche dopo le critiche del Lenel. Il diritto romano è costantemente tenuto presente dal Windscheid, in quanto, sebbene vi sia assente una nozione individuata di presupposizione, essa come concetto troverebbe tutela nel diritto romano nell'ambito delle *condictiones*, con un significato che in parte verrebbe coperto dal segno “causa”: “La presupposizione è chiamata causa (nelle fonti romane) in un doppio senso [...]; anzitutto perché in essa sta la ‘ragione determinante’ (*Bestimmungsgrund*) della dichiarazione di volontà, però non un semplice motivo (il quale a sua volta viene indicato come causa [...], ma proprio una ragione determinante elevata a limitazione di volontà: poi per questo che ciò che s'è presupposto non può mancare, senza che l'arricchimento provocato dalla dichiarazione di volontà, ed intanto la dichiarazione di volontà stessa, sia illegittimo, per modo che viceversa nell'esistenza di ciò che s'è presupposto sta la ‘ragione giustificativa’ (*Rechtfertigungsgrund*) dell'arricchimento provocato dalla dichiarazione stessa di volontà”; B. Windscheid [- Th. Kipp], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., II, 882, n. 8 [= *Diritto delle Pandette*, cit., II, 241, n. 8].

²⁵ A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 284.

²⁶ V. soprattutto la discussione avutasi con O. Lenel, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, in Arch. civ. Praxis, LXXIV, 1889, pp. 213 ss.; *Íd.*, *Nochmals über die Lehre von der Voraussetzung*, in Arch. civ. Praxis, LXXIX, 1892, pp. 49 ss. (v. a riguardo S. Di Salvo, *La polemica sulla ‘presupposizione’ tra riflessione storiografica e impostazioni dogmatiche*, in Index, XIX, 1991, pp. 215 ss.) e G. Segrè, *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nei riguardi del diritto romano e del diritto moderno*, in Il Filangieri, XV, 1890, ora in *Scritti giuridici*, 1930, pp. 358 ss.

²⁷ Sul punto v. con ampi approfondimenti W. Simshäuser, *Windscheids Voraussetzungslehre rediviva*, in Arch. civ. Praxis CLXXII, 1972, pp. 19 ss.; *Íd.*, *Nota di lettura (in tedesco)*, al volume di Antiqua sopra citato. V. altresì A. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975 rist. inalt., pp. 60 ss.

²⁸ Sulla presenza nel primo progetto del § 742 v. *Motive zu dem Entwurf eines BGB*, I, Berlin, 1896, 249. Le vivaci critiche del Lenel (sopra, nt. 38) e del O. Gierke, *Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, 274, sortirono, però, l'effetto desiderato, e la norma cadde nel testo finale del codice.

D'altronde anche la teoria della cd. *Clausula rebus sic stantibus* di età medievale²⁹ è debitrice di un forte orientamento del problema in una prospettiva nella quale assume maggiore centralità il ruolo della *voluntas*³⁰. Questo “salto di qualità”, anche nel pensiero dei civilisti, deve farsi risalire—come ho avuto modo di sottolineare in altro contributo— a Baldo degli Ubaldi (1327-1400)³¹. Al grande giurista perugino si deve la prima vera generalizzazione, da parte dei civilisti, tesa a condizionare ogni promessa allo stato di fatto presente al momento di assunzione dell'impegno. Il Commento a D. 12,4,8³² precisa che la “parola potest è intesa rebus sic se habentibus [...] e così le promesse si intendono rebus sic se habentibus [...]” citando a conforto anche D. 19, 2, 54, 1³³, in materia di *stipulatio poenae* collegata ad un contratto di locazione, dove assume rilevanza nuovamente una *conventio tacita*. Baldo rimanda espressamente al diritto canonico. D'altro canto nei suoi *in decretalium volumen commentaria* (ed. Venetiis, 1595, f. 256), egli accentua la necessità di condizionare il vincolo sorto col giuramento alla stabilità delle circostanze che lo avevano indotto. La linea è tracciata.

²⁹ Le fonti romane su cui si è concentrata la teoria moderna della clausola rebus sic stantibus sono esigue. In realtà, sembra potersi cogliere una linea di pensiero che dal *ius canonicum*, sviluppando idee proprie del pensiero stoico classico riflesse in alcuni passaggi di Cicerone (*De off.* 3,25,95) e di Seneca (*De ben.* 4,35,4; 4,39,4), porta ad una generalizzazione, anche nei commentari dei civilisti, di affermazioni circostanziate presenti nei testi legali, decontestualizzandole, così da renderle idonee ad una regola applicabile a tutti i contratti.

³⁰ V. per tutti, G. Osti, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in RDC, 1912, pp. 1 ss.; Id., *Clausola rebus sic stantibus*, in NNDI 3, pp. 353 ss.; R. Feenstra, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, in *Daube noster*, Edinburgh-London, 1974, in particolare pp. 80 ss.; M. Beck-Mannagetta, *Geschäftsgrundlage, Voraussetzung und causa*, in *Index*, III, 1972, pp. 514 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Deventer-Boston, 1990, pp. 579 ss.; K. Luig, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, in R. Zimmermann (hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, pp. 171 ss.; R. Cardilli, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, pp. 1 ss. [=R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2014, pp. 205 ss.]; P. Pichonnaz, *From Clausula rebus sic stantibus to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role*, in *Fundamina: A Journal of Legal History*, Vol. 17, 2011, no. 1, pp. 125-143.

³¹ *Sopravvenienza e pericoli contrattuali cit.*, pp. 1 ss.

³² (Nerva l. 2 membr.) *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*

³³ (Paulus l. 5 resp.) *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis seius conductor de fundo invitatus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet titius locator Seio conductori: vel Seius conductor titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.*

Con Giason del Maino la clausola si ritiene implicita: *in dispositione legum, in ultima voluntate, in contractibus, in privilegiis, in iuramento, in statutis iuratis*³⁴.

Chiaramente una tale logica influisce sulla gestione della sopravvenienza in termini di “convenzione tacita” inerente al contratto. Che ciò abbia avuto un forte impulso nel pensiero dei canonisti è coerente con la centralità nel *ius canonicum* della *voluntas*, dell’efficacia del *nudum pactum* e con la concezione che vede nell’inadempimento dell’impegno assunto un *mendacium*. Non è un caso che sia proprio S. Tommaso (*Summa Theologiae* III,2,2, Q. 110 art. 3), nel valutare le ipotesi di *mendacium* in rapporto alla *promissio*, a sancire la *excusatio* legata al mutamento delle *conditiones personarum et negotiorum*.

Il giusnaturalismo laico, in particolare Grozio nel *De iure belli ac pacis libri tres*, coerente alla generale vincolatività della promessa, ne fa una questione di interpretazione della volontà del promittente, circoscrivendo la rilevanza della clausola in base alla imprevedibilità del mutamento ed alla necessaria coincidenza di una tale condizione tacita di stabilità con la ratio della promessa. Soltanto quando la *tacita conditio* “*si res maneant quo sunt loco*” sia la “ragione” fondante della promessa (§ 25,2), solo allora si potrà produrre una *restringens interpretatio* (§ 22) di quanto invece stabilito nella promessa. La rilevanza del mutamento sopravvenuto delle circostanze viene così circoscritta alla sola ipotesi di *rationis cessatio* (§ 22,4), qualora si dimostri che la stabilità nel tempo dello stato di fatto al momento della promessa fosse stata l’unica ragione che da sola abbia mosso il promittente a vincolarsi³⁵.

I primi codici c.d. giusnaturalistici subiscono, sebbene in modo diversificato, l’influsso delle dottrine dei secoli XVII-XVIII. Il *codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756) codifica la *clausula* (IV,15,12), ritenendola tacitamente inclusa in tutte le obbligazioni, sì da riconoscere la rilevanza del mutamento di circostanze, a condizione però che esso non sia dovuto a colpa del debitore o successivo alla sua mora, non sia facilmente prevedibile, ed infine che il debitore, secondo un comportamento di buona fede, non si sarebbe obbligato

³⁴ *In secundam partem Digesti veteris commentaria*, a D. 12,4,8, ed. Venetiis, 1589, f. 126.

³⁵ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, cito da ed. 1939 a cura di De Kanter – van Hettinga Tromp [= rist. Aalen 1993], liber II, cap. 25 ss., pp. 421 ss. A riguardo, per un superamento della ricostruzione tradizionale del pensiero di Grozio in materia, v. l’approfondito riesame di T. Reppen, *Grotius redivivus. Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von De iure belli ac pacis, erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit*, in *Ius Commune*, XXVI, 1999, pp. 299 ss., in particolare 312 ss.; seguito ora da K. Luig, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 19 ss. Per l’impostazione tradizionale v. R. Feenstra, *Impossibilitas and cl. rebus sic stantibus*, cit., pp. 86 ss.; e più di recente, M. Rummel, *Die clausula rebus sic stantibus. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption im 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 1991, pp. 102 ss.; su cui K. Luig, *Dogmengeschichte des Privatrechts als rechtswissenschaftliche Grundlagerecherche*, in *Ius commune*, XX, 1993, pp. 192 ss., in particolare su Grotius, 196 ss.

se l'avesse saputo al momento di impegnarsi. Al giudice, peraltro, si rimette la scelta di una liberazione dall'obbligazione o di un suo ridimensionamento in proporzione del mutamento sopravvenuto³⁶.

Più restrittivo è l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), codifica la sostanziale irrilevanza del mutamento delle circostanze (I, 5, §§ 377 ss.). La regola sancita nel § 377 è quella della irrilevanza della sopravvenienza salvo quando questa abbia determinato una "vera impossibilità". Al § 378 d'altronde si afferma: "È reso, però, impossibile per un mutamento imprevedibile delle circostanze lo scopo finale (Endzweck) di entrambe le parti espressamente dichiarato o desunto dalla natura del negozio, allora ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto non ancora adempiuto"³⁷. Qui l'influsso del pensiero giusnaturalista è evidente.

Anche il *Code civil* del 1804, con la più completa e assoluta affermazione del principio di intangibilità del contratto (art. 1134), non codifica l'istituto, che scompare pure nei codici da questo influenzati.

Nell'ABGB austriaco (1811), la cl. *rebus sic stantibus* ha una circoscritta rilevanza, solo rispetto al contratto preliminare, al fine di non imporre l'assunzione del vincolo contrattuale nel caso si siano alterate le circostanze esistenti al momento del preliminare (§ 936), mentre espressamente si sancisce che "Il contratto o lo scopo dell'accordo espressamente apposto per condizione si considera come ogni altra condizione. Senza di ciò simili dichiarazioni non influiscono sulla validità dei contratti a titolo oneroso" (§ 901).

Nel XIX secolo vennero elaborate sia la teoria della base negoziale, sia quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, le quali risentirono a loro volta dell'impianto interpretativo che si assume come dato. La prima ha infatti come presupposto la mancata codificazione di una regola di gestione della sopravvenienza nel BGB tedesco del 1900 (ed ora introdotta con la riforma del 2002 col § 313), mentre la seconda ha la disposizione in materia di risoluzione del contratto ex Art. 1467 del CcIt/1942. Le vie seguite per elaborare criteri funzionali di gestione del sopravvenuto mutamento delle circostanze dovrebbero

³⁶ "[...] Alle Verbindungen die Clausulam rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so werden solche auch durch die Veränderung der in Obligationem gebrachter Sache, jedoch ander gestalt nicht, als unter folgenden drei Requisitis aufgehoben, wenn nämlich erstens die Veränderung weder Mora noch Culpa aut Facto debitoris veranlasst worden, selbe auch zweitens nicht leicht voraus zu sehen gewesen, und endlich drittens von solcher Beschaffenheit ist, dass, wenn Debitor solche voraus gewusst hätte, er sich nach unpartheiisch- und redlichen Gutachten verständiger Leuten nimmermehr hierauf eingelassen haben würde, in welchen Umständen gleichwohl noch zu richterlicher Ermässigung steht, ob die Obligation völlig aufgehoben, oder nur nach Proportion der Veränderung gemässigt werden sollte".

³⁷ "Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene veränderung bei Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgeben". Accentua l'importanza della correlazione tra la codificazione del concetto di impossibilità e quello della clausola *rebus sic stantibus*, K. Luig, *Das Privatrecht im ALR von 1794*, in Arch. civ. Praxis, CXCV, 1994, pp. 532-533.

allora essere indipendenti ed autonome. Ed in effetti, vi sono delle differenze, ma non c'è dubbio che si è nuovamente di fronte ad un esempio del ruolo della dottrina come strumento di unificazione del sistema. Io personalmente vi vedo un influsso della dogmatica fondata dal diritto romano che continua a condizionare, suo malgrado, il giurista che si accinga a ricostruire il sistema non soltanto attraverso il diritto scritto codificato. In questo caso mi sembra abbastanza evidente l'assunto, data la distinta base normativa interpretata nei due ordinamenti.

La teoria della base negoziale, ed in particolare della possibilità di rinegoziare o sciogliere il vincolo giuridico sorto col contratto ogniqualvolta, per circostanze sopravvenute, sia venuta meno la base negoziale sulla quale le parti si erano accordate, è frutto di una nozione di contratto che accentua il momento contenutistico dello stesso.

Fondamentale per capire se la realtà abbia frustrato irrimediabilmente l'assetto d'interessi con esso cristallizzatosi, diviene l'interpretazione dello stesso. Così si parla di base negoziale soggettiva ed oggettiva, in relazione anche all'integrazione eteronoma del programma contrattuale.

In Germania, la teoria della "base negoziale" muove i suoi primi passi, sviluppando la teoria della presupposizione, nella direzione della rilevanza di circostanze sopravvenute che modificano sostanzialmente le comuni previsioni delle parti, determinanti la conclusione del contratto³⁸. L'incapacità, però, nella gestione della sopravvenienza, di dominare l'ampiezza del fenomeno, se legati semplicemente alle previsioni comuni calate nel contenuto contrattuale, spinge la dottrina tedesca ad individuare dei criteri autonomi dal "previsto" o dal "prevedibile", colti nella rilevanza della base negoziale oggettiva³⁹. In essa la gestione dell'imprevisto assume rilevanza nel limite dell'alterazione dell'equivalenza delle prestazioni (Aequivalenzstörung) e della frustrazione dello scopo negoziale (oggettivo e comune) (Zweckvereitelung)⁴⁰. La rilevanza del mutamento sopravvenuto della base negoziale è comunque riconosciuta, come la miglior dottrina in Germania ha ben evidenziato, soltanto una volta superato il limite dei pericoli tipici o convenzionali accollati alle parti in base al contratto concluso⁴¹.

³⁸ P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

³⁹ V. per tutti, K. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung 'veränderter Umstände' im Zivilrecht*, München-Berlin, 1963.

⁴⁰ V. sulla teoria della base negoziale e sulla sua rilevanza, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, B.I, München, 1987, pp. 320 ss. Sul significato del riconoscimento giurisprudenziale della rilevanza della frustrazione della base negoziale in base al § 242 in materia di Treu und Glauben, v. V. Stötter, *Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, in Arch. civ. Praxis, CLXVI, 1966, pp. 149 ss. e, all'interno di una impostazione eminentemente romanistica, le belle pagine di F. Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, in Recht und Staat, 193/194, 1956, pp. 36 ss.

⁴¹ V. le precisazioni di K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., pp. 324 ss. Non è un caso, a mio avviso, che la più convincente impostazione del problema in questo senso sia stata proposta con vigore da un civilista-romanista del valore di W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 495 ss., 507 ss. V. sul punto, altresì, W. Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971.

L'elaborazione in Italia della teoria dell'eccessiva onerosità sopravvenuta trova impulso nell'esame critico a cui l'Osti sottopone sia l'antica teoria della cl. *rebus sic stantibus*, sia la teoria della presupposizione⁴².

L'Osti nel realizzare un fine recupero della teoria della *clausola rebus sic stantibus*, precisandola grazie a raffinatissime distinzioni sulle sfumature volontaristiche del contratto, propone il criterio discretivo della "volontà marginale". Ciò peraltro determina un netto cambiamento di rotta rispetto al modello francese, ancora fortemente sentito nel codice civile italiano del 1865, sino a giungere alla codificazione dell'Articolo 1467 del CcIt/1942, dove si dispone la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Certamente, la crisi economica d'inizio secolo⁴³ e gli effetti della I guerra mondiale sui prezzi e sulle difficoltà di approvvigionamento contribuirono in quegli anni ad un recupero giurisprudenziale della teoria della *clausola rebus sic stantibus*. Dal punto di vista normativo, è in questo torno di tempo che viene emanato un Decreto legislativo luogotenenziale (D.Lgs.Lgt. 20 giugno 1915, N° 890) col quale si riconosce la rilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di guerra⁴⁴. Già nel 1920 esso viene, però, abrogato.

La riflessione non sembra peraltro maturare una *communis opinio* in materia, così da far prevalere a seconda delle teorie predominanti nelle commissioni redigenti, profili diversi della rilevanza della sopravvenienza. Nel *Progetto italo-francese delle obbligazioni* (1927) viene data rilevanza alla sproporzione sopravvenuta fra le prestazioni in termini di annullamento del contratto (Art. 22). L'Articolo 516 del progetto Vivante del nuovo codice di commercio regola l'eccessiva onerosità nel contratto di appalto.

Certo è che il legislatore, nel motivare l'attuale tenore dell'Articolo 1467 del CcIt/1942, non esita a richiamare "il principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla *clausula rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana"⁴⁵.

L'articolo in esame, però, codificando la rilevanza della eccessiva onerosità sopravvenuta "per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili" e sempre che essa non rientri "nell'alea normale del contratto", si pone in netto contrasto con la teoria suddetta.

⁴² G. Osti, *La clausola rebus sic stantibus*, cit.; *Id.*, *Appunti per una teoria della "sopravvenienza"*. *La cd. clausula rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in Riv. dir. civ., 1913, pp. 471 ss. e 647 ss. Per la discussione successiva, prima del '42, v. a titolo di esempi, A. Giovene, *Sul fondamento specifico della sopravvenienza*, in Riv. dir. comm., 1921, I, pp. 155 ss.; Gius. Pugliese, *Laesio superveniens*, in Riv. dir. comm., 1925, I, pp. 1 ss.; M. Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1938, pp. 309 ss.

⁴³ V. ad es. Cass. Torino 19 novembre 1898, in Foro it., 1899, I, 22; Cass. Torino 16 agosto 1900, in Foro it., 1901, I, 736.

⁴⁴ Art. 1°: "A tutti gli effetti dell'Art. 1226 c. c. la guerra è considerata caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione".

⁴⁵ Rel.al Re, n. 665.

Come la più attenta dottrina ha ben precisato, la regola fissata nell'Articolo 1467 subordina la rilevanza della eccessiva onerosità a due condizioni. La prima che essa non sia legata a circostanze consuete e prevedibili dalle parti. Ciò, infatti, esulerebbe dal problema di gestione della sopravvenienza in senso stretto, e ricadrebbe nell'ambito della regola sulla responsabilità contrattuale e dell'ampiezza del dovere di diligenza del debitore.

La seconda, ogniquale volta l'eccessiva onerosità sia dovuta a circostanza inconsueta e imprevedibile (cioè per definizione un caso fortuito), che essa non rientri ugualmente nell'alea normale del contratto.

Nel diritto romano, invece, la gestione della sopravvenienza in senso stretto è logicamente subordinata alla preliminare verifica dell'impossibilità di risolvere il problema in termini di: 1) indagine della condotta delle parti contraenti e suo vaglio attraverso i criteri d'imputazione dell'inadempimento e la responsabilità conseguente; 2) ripartizione tra i contraenti dei pericoli contrattuali (assunzione convenzionale del pericolo; pericolo contrattuale tipico, accollo eventuale del pericolo in base a criteri esterni come quello proprietario e quello della iniziativa negoziale)⁴⁶. Soltanto una volta percorse queste due vie tese a risolvere il problema, si pone la questione se la circostanza sopravvenuta possa essere ugualmente rilevante. La via che i giuristi romani indicano è quella di una gestione dei pericoli sopravvenuti, non inclusi nell'ambito dei pericoli consueti che la parte si accolla con la conclusione del contratto prescelto, rimessa ad una prudente valutazione e pesatura dell'equilibrio delle prestazioni, di cui il contratto è stato punto di costruzione e di cui la *fides bona* impone una tutela nella dinamica del rapporto⁴⁷.

Al di là del criterio prescelto, rispetto al contratto la tendenza è quella di impedire un suo scioglimento e di individuare, invece, o il soggetto tra i contraenti sul quale ricada il pericolo sopravvenuto, esorbitante l'alea normale del contratto, oppure di riequilibrare in base alla *fides bona* l'eguaglianza di proporzione voluta dalle parti al momento di conclusione del contratto.

⁴⁶ In questa prospettiva, nell'ambito dei criteri esterni, il criterio proprietario può riassumersi nella regola del *casum sentit dominus*, la quale in un primo momento (età di Servio Sulpicio Rufo) interagisce ancora in alcuni tipi contrattuali con le ampie possibilità di riconoscere un *praestare* del debitore, e successivamente diviene sussidiaria, ma connessa all'altra regola, sorta in relazione all'inadempimento dell'obbligazione di buona fede, che il *casus a nullo praestatur*. Il proprietario del bene perito per causa non imputabile all'altro contraente e per circostanze di cui quest'ultimo non deve accollarsi il pericolo in base al tipo di contratto concluso, non può spostare patrimonialmente il sacrificio patito ed è tenuto a subirlo. Il criterio dell'iniziativa economica implica, invece, che chi decida di intraprendere nel suo esclusivo interesse un affare che non rientri nei tipi contrattuali esistenti (e che quindi non ricorra a regole tipizzate di gestione dei pericoli sopravvenuti) e che, però, implichi il coinvolgimento di singoli beni o del patrimonio altrui, deve assumersi tutte le conseguenze negative che su di essi potranno ricadere.

⁴⁷ Su questo ruolo della *bona fides* v. quanto dico in *La "buona fede" come principio di diritto dei contratti*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. I, Padova, 2003, pp. 283 ss. [= R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2014, pp. 29 ss.].

Nel diritto privato romano, coerentemente al suo sistema contrattuale, manca, una rilevanza in termini generali di una regola di gestione uniforme della sopravvenienza in senso stretto. Ad uno sguardo attento ai movimenti nel tempo degli istituti giuridici, però, tale rilevanza generale, comportante o il riadeguamento dei termini contrattuali al mutamento della realtà, o la risoluzione del contratto, mi sembra coerente, in parte, con un corretto sviluppo di spunti incontrati nelle fonti romane, imposti da una valutazione del rapporto nella sua dinamica in termini di *fides bona*.

Il modello romano rievoca un ruolo centrale dei giuristi e del principio di *fides bona*, che impone la salvaguardia nel tempo dell'eguaglianza di proporzione tra le prestazioni fissate dalle parti nel contratto, che verrebbe in ogni caso conservato, e così facendo presuppone una adeguata gestione di tale riequilibrio in sede giudiziale attraverso un forte controllo della *iurisprudencia* sui *iudices*.

È quanto, in fondo, impone alla scienza giuridica europea il Progetto di unificazione del diritto dei contratti in Europa. Così, i *Principles of European Contract Law* sotto la direzione di Ole Lando, all'Articolo 6.111, sanciscono la rilevanza del mutamento di circostanze imprevedibili che abbia determinato una eccessiva onerosità, a condizione che “*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*”⁴⁸. Tra le conseguenze del mutamento di circostanze rilevante in base alle condizioni fissate, il giudice può, qualora le parti non riescano a raggiungere un accordo entro un tempo ragionevole, “[...] b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite ed i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze”. In sostanza si impone alle parti la rinegoziazione dei termini contrattuali, pena la modificazione giudiziale del contenuto del contratto. Una tale delicatissima operazione rimessa al giudice può avere un impatto adeguato nella gestione della sopravvenienza soltanto se, su scala sovranazionale, la scienza giuridica sarà in grado di esprimere adeguati modelli di controllo e filtro della casistica che ne risulterà, al fine di guidare la gestione del mutamento delle circostanze secondo il principio di buona fede.

4. IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO AL TEMPO DELLA PANDEMIA

La crisi economica mondiale innestata dal *coronavirus* determinerà una fase difficile, che non inciderà più o meno profondamente solo sul futuro della forma giuridica dello stato democratico moderno, ma avrà conseguenza gravi per le economie e quindi sulla concreta vita delle persone, innestando ulteriori possibili scenari di instabilità politica. Ciò sta già avvenendo.

⁴⁸ Sul commento all'articolo, inizialmente 2.117, v. O. Lando-H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht-Boston-London, 1995, pp. 112 ss. V., in italiano, C. Castronovo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, pp. 361 ss.

È quindi un imperativo morale del nostro tempo, in qualità di giuristi, di riaffermare la centralità del diritto e la sua capacità di gestire la conflittualità (economica, politica, sociale) in chiave di pacificazione. Per fare ciò, è necessario proporre strumenti idonei di investimento che permettano di resistere e poi superare questa grave fase storica.

Uno di questi, è a mio avviso il potenziamento del partenariato pubblico privato in una dimensione internazionale, al fine di riuscire a costruire un equilibrio tra interesse pubblico e privato funzionale alla ripresa economica⁴⁹.

La nuova Legge argentina declina tale partenariato in modo privilegiato nel contratto di partenariato del quale disegna, come altrove ho notato, i contenuti essenziali ed inderogabili dello stesso e i contenuti adeguabili alle esigenze concrete che permettano al meglio la realizzazione di una grande infrastruttura⁵⁰.

Una tale delicata operazione, di individuazione dei contenuti tipici del contratto di partenariato pubblico privato in una prospettiva internazionale, non può che essere guidata dai giuristi che, pur sensibili alle istanze della prassi economica e negoziale, fissino i valori di contenuto inderogabili per una struttura giuridica caratterizzata dal giusto equilibrio dei sacrifici e dei vantaggi tra le parti.

Ciò valga *in primis* sul piano delle infrastrutture sanitarie, di cui nel corso della crisi in atto si sono evidenziate, oltre che impegno e dedizione del personale sanitario (ai limiti dell'eroismo), criticità e limiti. Ciò valga per le infrastrutture digitali che hanno dimostrato, pur se inadeguate, la loro altissima utilità per perseguire obiettivi di lavoro pur in condizione di isolamento sociale del lavoratore. Ciò valga, infine, per la necessaria eliminazione di ambienti normativi e regolamentari caratterizzati da alta vischiosità burocratica, non in linea con una società trasparente e aperta.

La sfida che ci attende è particolarmente ardua, ma come dice il dottore Bernard Rieux nella *Peste* di Albert Camus “*In mezzo ai flagelli s’impara che negli uomini ci sono più cose da ammirare che da disprezzare*”.

⁴⁹ Vd. al riguardo si vedano i contributi ora nei due volumi R. Cardilli, M. Ciaccia e C. Mirabelli (a cura di), *Cooperazione pubblico-privato e infrastrutture*, Milano, 2018 e R. Barra, R. Cardilli, M. Ciaccia e C. Mirabelli (a cura di), *Regole comuni su investimenti e partenariato pubblico privato per le infrastrutture. Europa e America Latina*, Milano, 2019.

⁵⁰ *I contratti di partenariato pubblico privato per le infrastrutture e l'importanza del giurista nella costruzione del tipo contrattuale*, in *Regole comuni su investimenti e partenariato pubblico privato* cit., pp. 71 ss.

EL COVID-19 O EL RESCATE DE LA “PERSONA”

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS*

I. INTRODUCCIÓN

El brote de “coronavirus” que asola el globo terráqueo ha generado una entendible conmoción en la mente de gobiernos; organizaciones no gubernamentales; académicos y ciudadanos en general, tanto de orden local como internacional. Algo muy arraigado en una mentalidad filtrada por los presupuestos de la “modernidad”, como lo es el dato del “dominio” del hombre sobre las cosas (y en no pocas circunstancias, lamentablemente, también sobre otras personas)¹, torna incómodo que esa característica haya desaparecido o se encuentre controvertida. El hombre moderno sale, pues, de su “zona de confort” ante un “enemigo invisible” (como ha sido denominada esta peste) al que desconoce y que, de hecho, con su obrar silencioso y persistente cuestiona su centralidad y, en definitiva, su presuntuosa superioridad. Con todo, situaciones de crisis extrema como la provocada por este virus, al punto de ser declarado una pandemia por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo del corriente año luego de haber alcanzado más de 100.000 muertes en 110 países, considero que deben ser vistas como una oportunidad para formular un giro virtuoso en algunas (o muchas) de las maneras como viene comportándose la humanidad (o buena parte de ella). Se trata, si cabe la digresión literaria, de un “llamado a la puerta de mi casa a oscuras”² (casa, en este caso, mienta el corazón y el pensamiento de personas y sociedades), invitando a reescribir otro “contrato social”, a partir de una “nueva” (?) reflexión sobre el sentido de la existencia humana, sea porque el coronavirus es consecuencia de desajustes imputables a la persona; sea porque su llegada está provocando una fenomenal alteración en el “orden” social existente que requiere su readecuación sobre pilares distintos.

* Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA) y de Introducción al Derecho (UCASal). Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

¹ Cfr., por todos, la aguda reflexión de Cotta, Sergio, *El hombre tolemaico* (del italiano por J. de Lucas), Madrid, Rialp, 1977, *passim*.

² Lope de Vega, *Rimas Sacras*, Soneto XVIII (1614).

El propósito de estas páginas apunta a mostrar cómo un buen número de respuestas dadas por parte de dichas entidades y grupos frente a la crisis desatada, parece en buena medida orientarse en la dirección señalada. Más concretamente: esas respuestas habrían salido al rescate de la “persona humana”, sin más, con prescindencia de su edad, condición física, de salud o de la situación sanitaria de cada lugar. Profundizando el argumento, la reacción evidenciada estima que, *justamente teniendo en cuenta dichos factores o a raíz de ellos*, se los ha desconsiderado para, en su lugar, únicamente hacer foco en que lo que cuenta es la *sola* “dignidad humana”.

El trabajo examina, en primer, término algunos aspectos vinculados al nivel de fundamentación del marco normativo generado en nuestro país a raíz de la presencia del virus (II). A continuación, aborda los criterios bioéticos que campean en algunos documentos, en mi opinión, significativos de carácter internacional a propósito de la pandemia, de cuyo estudio se desprende que el planteamiento local parece ubicado en la perspectiva de aquellos en cuanto al lugar y tratamiento que corresponde brindar a la persona en las presentes circunstancias (III). De seguido, se efectúa un ensayo de “actualización” (o desarrollo) de los principios clásicos en materia de bioética a partir de algunos aspectos problemáticos que presenta el virus en cuestión (IV). Algunas conclusiones vinculadas a las enseñanzas que ofrece el COVID-19 cierran el estudio (V). Y se adelanta que existe otro en preparación sobre algunas respuestas jurisprudenciales al tema que también se orientan en la dirección que se observa de los documentos (normativos y de *lege ferenda*) que se examinará en lo que sigue.

II. EL MARCO NORMATIVO NACIONAL EN RELACIÓN CON LA PANDEMIA

La República Argentina exhibe una crítica situación en materia sanitaria que lleva décadas y cuyo análisis es impropio efectuar en este lugar. Una muestra más de lo expuesto se advierte en el dictado, a fines de diciembre de 2019, de la Ley N° 27.541, por la que se declaró la “emergencia pública”, entre otras, en “materia sanitaria”. El inc. “f” del Artículo 1° es categórico en cuanto a los objetivos que el legislador dice perseguir: “Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la Ley N° 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales” (énfasis añadido).

He subrayado algunos aspectos del texto para mostrar que, aparte de la finalidad evidentemente omnicompreensiva en cuanto a los alcanzados por las medidas, la norma pone especial énfasis en algunos sectores de la sociedad, notoriamente desfavorecidos o en situación crítica.

Pues bien, al declararse, como se anticipó, la pandemia, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el primero de seis decretos (el N° 260/2020), mediante el cual “ampli[a] la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541” –que se extendía hasta el 31-

12-2020 [Art. 1º]– “por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto [12-3-2020]” (Art. 1º), otorgando un apreciable (y en algunos aspectos discutible) número y volumen de facultades al Ministerio de Salud en orden a enfrentar la contingencia (Art. 2º), además de disponer el “aislamiento obligatorio” por 14 días ante un variado haz de circunstancias y otras obligaciones y propuestas (como, v. gr., la de “reportar síntomas” –Art. 8º–; la “suspensión temporaria de vuelos” a “zonas afectadas” –Art. 9º–, o la facultad de disponer el cierre de lugares públicos –Art. 18–), que confluyen en lo que, entre sus fundamentos, se denominan “nuevas medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en la evidencia científica”, aparte de “rápidas, eficaces y urgentes”.

Interesa a los fines de este trabajo enfatizar el carácter “urgente”, “consensuado” y basado en “evidencia científica” postulado por el decreto ya que la imprevisibilidad de la pandemia exigía respuestas inmediatas, las que debían ser el producto de un amplio consenso con los gobiernos provinciales y con expertos que podían aportar su mirada sobre el tema. En relación con esto último, asumo que el decreto parte de la base de que ante lo desconocido, el argumento de autoridad, es decir, de quienes “saben”, resulta imprescindible en tanto su palabra infunde consideración y seguimiento³.

Sobre tales bases, fueron dictadas por la autoridad de aplicación normas que determinan los colectivos que cabe considerar como “grupos de riesgo”, los que resultaban acreedores de especial consideración⁴. Al igual que en la Ley Nº 27.541, las mentadas resoluciones hacen foco en los más desvalidos como obvio desglose de la dignidad inherente a ellos: precisamente el hallarse en tal situación los hace todavía más fuertemente acreedores de los derechos que anclan en dicha dignidad.

Pocos días después (19-3-2020), el Poder Ejecutivo Nacional extiende el alcance de lo hasta aquí dispuesto. Mediante Decreto Nº 297/2020, “a fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas [...] la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ hasta el 31 de marzo” (Art. 1º), con obvias excepciones. Los fundamentos profundizan el señalado objetivo protectorio al considerar que se está “ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas expeditivas y basadas en las evidencias disponibles a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario”. Añade que “no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo”, por lo que el aislamiento reviste “un rol de vital importancia” siempre que, acorde con la experiencia comparada, se adopte en tiempo “oportun[o]”, de modo “intens[o]” y sean de “efectivo cumplimiento”. Considera, en fin, que si bien no se discute el contenido del Artículo 14 de la CN, otras normas constitucionales avalan la medida, siempre que sean “imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario enfrentados”.

³ El argumento de autoridad fue tenazmente denostado por la filosofía moderna. Su rehabilitación por parte del pensamiento de la “razón práctica” y, especialmente, de la “Hermenéutica filosófica” es un *topos* común que muestra, nuevamente, la crisis de la vertiente “subjetivista” de la modernidad. Sobre esto, cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Interpretación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2020, esp. caps. VII a IX.

⁴ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Resolución Nº 207, del 16-3-2020, Art. 1º y Ministerio de Salud, Resolución Nº 627, del 19-3-2020, Art. 3º.

Como se anticipó, la medida se prorrogó hasta fines de mayo del corriente año. El Decreto N° 325, del 31 de marzo, agregó a las razones ya señaladas dos aspectos que estimo de relevancia: a) la experiencia comparada enseña que los países que lograron el control del virus “han mantenido en niveles muy bajos la circulación de personas”, y b) el objeto de la medida no concierne “solo” a la “salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta”, sino a “todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19 depende de que cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento”.

A su vez, los Decretos Nros. 355 (del 11 de abril) y 408 (del 26 del mismo mes) precisaron que la prórroga del aislamiento rindió frutos con sustento en a) haber extendido el tiempo de duplicación de casos y b) haber permitido, de tal modo, “evita[r] que se saturara el sistema de salud”.

Finalmente, el Decreto N° 459 reitera los fundamentos hasta aquí conocidos pero añade, con sustento en lo expuesto por los científicos de consulta, la necesidad de distinguir el tratamiento del tema según el diverso impacto del virus registrado en el país, aspecto sobre el que también incide la distinta densidad de sus poblaciones. La relevancia del argumento de autoridad, ya anticipada, es tal que cabe transcribir uno de los dos párrafos en que es invocada: “[...] de conformidad con las recomendaciones recibidas por los expertos que asesoran a la Presidencia, es momento de readecuar el ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, mediante la adopción de decisiones consensuadas con los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atendiendo a la diferente densidad poblacional y a las diferentes realidades de la evolución epidemiológica en las distintas regiones del país”.

En suma, de la normativa transcripta infiero los siguientes criterios rectores: a) protección de la salud pública; b) asunción de que este tópico requiere el obrar mancomunado de la sociedad; c) seguimiento del argumento de autoridad científica; d) evitar la saturación del sistema de salud; e) adopción de decisiones consensuadas; f) atención de las diversas realidades del país en punto al avance del virus; g) adopción de medidas provisorias y revisables.

En mi opinión, tales criterios deben ser vistos como una “red”, en tanto dimanen de una raíz filosófica común (considerar a la persona como fundamento del orden social) que requiere de variados “despliegues” en orden a lograr la cabal “plenitud” o “completitud” de ésta. En cuanto aquí interesa, la salud emerge como un derecho fundamental, derivado del de la vida⁵ y que requiere de un obrar colectivo, pues de lo contrario resultaría imposible su concreción (puntos “a” y “b”). Así las cosas, implementar ese derecho requiere escuchar a los que “saben” que, por ende, son acreedores de una especial protección (piénsese, como se verá, en los trabajadores de la salud) (punto “c”). Pero la concreción es también el resultado de un “sacrificio compartido” (la cuarentena o el aislamiento genera consecuencias

⁵ Cfr., por todos, Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990, esp. pp. 92-93.

múltiples, positivas, negativas y también de alta complejidad), que se plantea para obtener el bien de la salud y, en el camino, evitar dilemas éticos de compleja dilucidación si el sistema se saturara (punto “d”). Eso ubica las medidas adoptadas lejos de posturas “individualistas” (que solo consideran la “autonomía de la voluntad” del decisor, sin consideración a los demás), pero también alejadas de actitudes “colectivistas” (pues existen excepciones basadas en múltiples razones, las que, por lo demás, son dinámicas). En suma, se está ante un razonamiento ético-jurídico eminentemente “práctico” y, por tanto, ajeno a decisiones de corte absolutas (del tipo “todo” o “nada”), sujetas al obrar de una razón que corrige, matiza, pondera, extiende posibilidades o las restringe en cuanto concierne al tratamiento del coronavirus (puntos “e”, “f” y “g”).

Obsérvense en lo que sigue la manera como este aspecto es considerado en sede internacional y al nivel de la doctrina comparada.

III. UNA OJEADA AL TRATAMIENTO DE LA PANDEMIA POR AUTORIDADES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES

“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable”⁶. Este conocido *dictum* del Alto Tribunal sirve de marco al planteo que rodea la cuestión en análisis. ¿Hasta dónde extender esa inviolabilidad?, ¿opera de modo absoluto o está condicionada a ciertas condiciones, características o posibilidades de la persona, o a su ubicación geográfica? Según se ha adelantado, el COVID-19 puede afectar de modo especial a ciertos grupos de individuos. ¿Qué hacer con ellos? El texto de la Corte Suprema recién citado parece no establecer distinciones, por lo que es oportuno corroborar si quienes han reflexionado en torno de la pandemia los reconocen. Escogeré en lo que sigue cuatro ejemplos de aportes publicados entre fines de marzo y principios de abril del corriente año.

El 6 de abril pasado, la UNESCO publicó un documento en el que plantea un conjunto de consideraciones éticas respecto del modo de abordar el virus. El enfoque de base engarza con las ideas hasta aquí desarrolladas, basadas en el incondicionado reconocimiento de la dignidad humana, el que adquiere una impronta necesariamente universal. Si cabe una síntesis conceptual, se está ante un “personalismo universalista” que, empero, y esto es lo decisivo, repara y especialmente protege a quien, entre los dotados de esa eminencia, emergen como vulnerables ante ciertas contingencias o accidentes. En primer lugar, convoca a “la urgencia de trascender las fronteras políticas y geográficas, así como las diferencias culturales, con el fin de centrarnos en nuestra necesidad común y responsabilidad compartida de entablar un diálogo para hallar medidas que permitan superar esta dramática situación”, en orden a obtener “soluciones éticamente aceptables” a “escala global”⁷. Añade, a propósito

⁶ CSJN, *Fallos*: 327:3753, causa “Aquino, Isacio”, sent. del 21-9-2004.

⁷ UNESCO, “Declaración sobre el COVID-19: consideraciones éticas desde una perspectiva global”, París, 6-4-2020, Introducción (cito según la traducción al castellano a cargo del Centro Nacional de Documentación en Bioética, La Rioja, España, en coordinación con UNESCO).

de supuestos como la promoción de la “inmunidad colectiva”, que “las políticas que no se basan en conocimientos y prácticas de carácter científico y sólido no son éticas, ya que van en contra del esfuerzo por generar una respuesta común a la pandemia” (punto 2), bien que las decisiones a adoptar “nunca deben ser legitimadas únicamente por la ciencia. En una situación de crisis con numerosas incógnitas, un diálogo abierto entre la política, la ciencia, la ética y el derecho es especialmente necesario” (punto 1). Sentados esos criterios básicos, dedica atención a “las personas vulnerables”, las que “quedan en una situación de aún mayor vulnerabilidad durante una pandemia”, enunciando, al respecto, “la vulnerabilidad relacionada con la pobreza, la discriminación, el género, las enfermedades, la pérdida de autonomía o de funcionalidad, la edad avanzada, la discapacidad, el origen étnico, el encarcelamiento (presos), la migración indocumentada y la condición de refugiado y de apátrida”. El documento “reafirma el reconocimiento de nuestras responsabilidades colectivas en materia de protección” de esas personas “y la necesidad de evitar toda forma de estigmatización” (punto 4) brindando diversos ejemplos a los que se aludirá más abajo. El tono “universalista” resalta cuando se afirma que “la rápida propagación de la enfermedad provoca la creación de barreras en las fronteras entre países, comunidades e individuos en el intento de prevenir su transmisión. Esas medidas tan extremas no deben impedir la colaboración internacional en la lucha contra la pandemia ni instigar o perpetuar la xenofobia y la discriminación. Es un deber ético aumentar la solidaridad y la cooperación en lugar de refugiarse en la exclusividad y el aislamiento. En esta época en que la mayoría de las sociedades se rige por modelos económicos que recompensan la competencia, debemos recordar que, como seres humanos, somos una especie que ha sobrevivido y progresado gracias a la cooperación” (punto 10).

Análogo contenido se desprende del muy abarcador Informe del “Comité de Bioética de España”, emitido a fines de marzo, es decir, pocos días antes del recién reseñado. Los siguientes dos párrafos son claramente indicativos del universalismo ético que lo fundamenta y en razón del cual se potencia la dignidad del vulnerable: “La atención al valor ontológico de la dignidad humana debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista basada en el *criterio de capacidad de recuperación del paciente* para justificar la adopción de criterios de asignación de los escasos recursos existentes”; “La *discapacidad* de la persona enferma no puede ser nunca por sí misma un motivo que priorice la atención de quienes carecen de discapacidad. Entender que la vida de las personas con discapacidad es de menor calidad y que no vale la pena atenderla supone establecer una división entre vidas humanas en función de un supuesto valor de esas vidas arbitrariamente asignado o en función de su utilidad social”⁸.

De igual modo, cabe ponderar las consideraciones presentadas por un conjunto de prominentes académicos con asiento en los Estados Unidos en “The Public Discourse”, el pasado 5 de abril, “Orientación moral sobre la priorización de la atención durante una

⁸ “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus”, disponible en http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus, puntos 9.6 y 9.7.

pandemia”⁹. A partir de las controversias surgidas en torno de a quién y cómo deben dirigirse, prioritariamente, los siempre escasos bienes sanitarios, reflexionan que “en las próximas semanas, cuando la pandemia llegue a su apogeo, tendremos la oportunidad de decidir una vez más qué tipo de sociedad pretendemos ser” y plantean que “debemos evitar toda discriminación nociva y volver a comprometernos a tratar a todos los enfermos como portadores de profundo, inherente e igual valor y dignidad”. Yendo al hueso del asunto, expresan que “en los casos en que se deben tomar decisiones sobre quién se salvará cuando no todos se pueden salvar, también decidimos qué tipo de sociedad queremos que sea la nuestra: nos estamos constituyendo en un cierto tipo de personas. Cuando se enfrentan a la escasez, algunos se verán tentados a simplemente saltar a aquellos que son mayores, tienen discapacidades físicas o mentales, aquellos que parecen tener poco para contribuir a nuestra vida en común”. De ahí que, añaden, si bien “seguramente es correcto decir [...] que las intervenciones críticas de COVID-19 (pruebas, equipos de protección personal, camas de unidades de cuidados intensivos, ventiladores, terapias y vacunas) deben ir primero a los trabajadores de atención médica de primera línea y a otros que atienden a pacientes enfermos y [...] que enfrentan un alto riesgo de infección [...]”, de allí “no se debe permitir que tales principios de priorización socaven una convicción central de nuestra tradición moral, a saber, que las vidas de todos los seres humanos tienen un valor inherente, igual e incluso incalculable”. Sobre tales bases, el criterio postulado por algunos de “dar prioridad a los pacientes que probablemente sobrevivan más tiempo después del tratamiento”, genera preocupación “incluso si se usa solo como una consideración secundaria”, pues puede “entenderse de manera que atente contra las demandas de los ancianos, los discapacitados y aquellos que parecen tener poco para contribuir”. De ahí que postulan como más atinado el centrarse en el “estado clínico objetivo del paciente”, a fin de “determinar quién tiene las mayores chances de supervivencia”. Hacer esto seguramente nos dejará igualmente incómodos y descontentos, porque no podemos hacer todo el bien que nos gustaría. Pero no nos arriesgaremos a contribuir a una tendencia cultural de socavar nuestro entendimiento del igual valor de las personas mayores y discapacitadas.

Por último, un comunicado de prensa del 31 de marzo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –a propósito de las condiciones de salubridad e higiene de la población carcelaria en la región bajo su competencia– se mueve en la misma línea. Afirma que la superpoblación que se observa “puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en *situación de vulnerabilidad*, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros”. Y avanza en el fundamento de su apreciación: “[...] la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad [...] tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente [...]”,

⁹ Anderson, Ryan T. *et al.*, “Orientación moral sobre la priorización de la atención durante una pandemia” (del inglés por María Belén Abbondanza), www.centrodebioetica.org, 20 de abril de 2020.

por lo que “los Estados [...] deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad”¹⁰.

Es posible que la enunciación de enfermedades recién transcrita sea por demás lata, pero es seguro el concepto sobre el que reposa: la dignidad inherente a toda persona *aún* en “situación de vulnerabilidad” (y *precisamente por ello*).

IV. UNA “ACTUALIZACIÓN” Y “DESARROLLO” DE LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS EN MATERIA DE BIOÉTICA A PARTIR DE LA PANDEMIA

De las variadas manifestaciones recién referidas (diversas no solo por sus espacios geográficos de procedencia—Europa; América y una vasta comunidad de naciones, como es el caso de la declaración de la UNESCO—, sino por la índole de quienes las formulan—especialistas en bioética; académicos y juristas—), es posible sentar las bases para un más elaborado desarrollo de los principios clásicos de la bioética que se formularon, como es sabido, en 1974 por intermedio del famoso informe “Belmont”, surgido en los Estados Unidos luego del oprobioso experimento conocido como “Tuskegee”: el de “respetar a la persona” (o de “autonomía de la voluntad”); el de “beneficencia” (o no maleficencia) y el de “justicia”¹¹.

Algunos autores (Lafferriere o Pucheta), inspirados en parámetros procedentes de una bioética “personalista ontológicamente fundada”, enuncian los siguientes principios: (1) de defensa de la vida física; (2) de libertad y (3) responsabilidad; (4) de totalidad y (5) terapéutico; y de (6) sociabilidad y (7) subsidiariedad¹². Esta enunciación—puesta en correspondencia con la pandemia en análisis—permite, como se verá, ampliar, matizar o, incluso, reescribir importantes segmentos de los referidos tres principios bioéticos. Como afirma Pucheta, “el COVID-19 nos permite reflexionar nuevamente en torno a la dignidad y a la vulnerabilidad humana, tanto en su faz individual como colectiva, es decir, como atributos de la persona humana particular y como rasgo de la humanidad en su conjunto”¹³.

1. Para una reelaboración del principio de autonomía de la voluntad

Así, el referido tópico del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” impacta severamente sobre el principio de autonomía de la voluntad, en especial si es asumido en un sentido “individualista”, como es el caso de los denominados “libertarios” o, como

¹⁰ CIDH, Comunicado N° 66 del 31-3-2020.

¹¹ Sobre esto, cfr. con más detalles, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “La experimentación en seres humanos. Reflexiones a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos*, Buenos Aires, La Ley/UBA, 2017, esp. p. 106.

¹² Cfr. Lafferriere, Jorge N., “El COVID-19: la bioética y los derechos humanos: principios y cuestiones en juego”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 9-4-2020, pp. 21-24.

¹³ Pucheta, Leonardo, “COVID-19: una aproximación desde la bioética”, www.centrodebioetica.org, 23-3-2020.

Nozick, de quienes postulan una moral basada “en derechos”¹⁴. Por de pronto, es claro que una medida de tanta gravedad se adopta con el objeto de salvaguardar lo que aquí se ha denominado como principio (1), pero no lo es menos que su costo es alto en términos del principio (2). Empero, conviene auscultar en algunas razones no dichas o implícitas de la medida: ¿no será que en la actualidad y de modo creciente, los ciudadanos carecen de la suficiente responsabilidad (principio 3) como para asumir ellos mismos, desde una decisión propia y contundente, la necesidad del aislamiento?¹⁵ Dicho en otros términos: ¿acaso un “individualismo” solo concentrado en sí mismo, no lleva consigo el germen de su propia destrucción, de modo que obliga al Estado a asumir decisiones que deberían ser propias de cada persona y, con ello, poner en juego los principios (3), (6) y (7)? Parece obvio que no hay en estas preguntas un ataque al principio de la “personalidad” que hace foco en la referida “autonomía”, mas sí una objeción a una manera de asumir la autonomía que, eventos como el aquí examinado, pone en crisis. Es más: el “aislamiento” redescubre un aspecto de ordinario olvidado en la vida contemporánea, a saber –como puntualiza Claudio Sartea– el valor del hogar familiar como pertenencia; como el ámbito más propio de la persona, en el que se tejen de modo inicial y más perenne los principios 6 y 7¹⁶. De ahí que medidas como la recién expuesta parecen ubicarse en un plano que tiende a superar la tajante distinción elaborada desde la modernidad entre autonomía y Estado, dejando atrás la radical pregunta del citado Nozick en *Anarquía, estado y utopía*, acerca de “cuánto espacio dejan al Estado los derechos de los individuos”¹⁷. Desde luego, de lo dicho no se sigue un bill de indemnidad para el poder público. En cuanto aquí interesa, en modo alguno se juzga plausible una extensión injustificada del “aislamiento”, sino la pertinente para lograr concretar los principios (1), (4) y (5), la que requiere partir, como se verá, del ineludible reconocimiento del principio de defensa de la persona humana y, por tanto, del exquisito despliegue de la autonomía inherente a su intrínseca dignidad. Con ese alcance, es pertinente la reflexión de Pucheta de que “encontramos en las medidas propuestas una lectura superadora de las tensiones entre disposiciones de orden público y la autonomía del paciente/ciudadano planteadas en la bibliografía especializada, así como una valoración razonable del derecho a la vida y a la integridad física como límites de la autonomía personal. Al mismo tiempo, la conducta responsable de la ciudadanía en su conjunto, exigida para el éxito de las medidas sanitarias de emergencia dispuestas, refleja la dimensión individual y comunitaria del ejercicio de la autonomía personal en materia sanitaria”¹⁸.

¹⁴ En relación con esto último, cfr. la sintética y aguda reflexión de Viola, Francesco, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, esp. pp. 165-169.

¹⁵ Cfr., al respecto, el sugerente aporte de R. J. Snell, “Pandemics and the Agency of Citizens” (2020) en *The Public Discourse*, <https://www.thepublicdiscourse.com/2020/03/61744/> (disponible en internet el 31-III-2020), cit. por Williams Becker, Alejandro E., “Ciudadanía, libertad y bien común: ¿qué nos recuerda el aislamiento social obligatorio?”, www.centrodebioetica.org, 28-4-2020.

¹⁶ Cfr. Lafferriere, “El COVID-19...”, nota 12, p. 22.

¹⁷ Cfr. Viola, “Los derechos...”, nota 14, p. 165.

¹⁸ Pucheta, “COVID-19...”, nota 13. En análogo sentido a lo expuesto en este último párrafo, cfr. la Declaración del Instituto de Bioética de la UCA, “Reflexiones sobre el COVID-19”, del 20-3-2020: “La preocupación

2. Un despliegue del principio de “beneficencia”

También la pandemia ha puesto en el centro de la escena el principio de beneficencia y su opuesto, el de maleficencia, a través de varios tópicos. Abordo aquí los siguientes: el de la protección de la vida; el de la experimentación y el del tratamiento de los cadáveres.

a) El primero –defensa de la vida–, que es obviamente el central en toda esta cuestión, conduce al Comité de Ética de Alemania –en su declaración del pasado 27 de marzo– a plantear de entrada que la pandemia “requiere una ponderación justa de los bienes morales implicados en relación a los principios básicos de solidaridad y responsabilidad”. En tales parámetros, considera que se debe evitar que “los profesionales de salud tengan la obligación de adoptar decisiones respecto de qué pacientes deberán recibir atención [...] ante la situación dilemática de la escasez de recursos”, postulando que se establezcan “criterios de acción uniformes y transparentes”, sin que esto “implique prescribir qué vida se puede salvar y cuál no en caso de conflicto”, ya que –y esta es una afirmación de relevancia–, “al Estado no le corresponde la ponderación de vidas humanas”¹⁹. Es que, como aporta el mencionado Comité de Bioética de España, “la racionalización de los recursos escasos nunca puede aplicarse de manera mecánica o automática sin la adecuada reflexión y deliberación ética ya que todo ser humano tiene derecho a una consideración especial”²⁰. De ahí que la más arriba citada declaración de los académicos haya procurado enfatizar la radical distinción entre matar (vedado por el principio liminar en materia bioética de la defensa de la persona a partir del adagio “*primun non nocere*” –primero no dañar–) y tolerar la muerte como una decisión no buscada pero imposible de evitar en determinadas circunstancias (como es el caso de la carencia de suficientes medios para atender a la totalidad de los pacientes), y que ello en ningún caso entraña devaluar el valor inconmensurable de la vida. Y, de igual modo, añade dicha declaración, no puede establecerse distingo alguno en el tratamiento médico, atenta la señalada existencia de recursos finitos, según las condiciones *prima facie* de las personas (por ejemplo, el probable cálculo de sobrevida) sino, en todo caso, según su condición “clínica”. Como es obvio, un temperamento opuesto no solo admitiría, expresamente, la posibilidad de matar, sino que lo haría violando el principio de no discriminación vedado con sustento en la condición igual (y universal) de todo ser humano con prescindencia de acciones o características que no rozan su esencia. Por último, nuevamente el tema del “aislamiento” gravita sobre este tópico, ya que al tratarse de una “acción preventiva” destinada a “no favorecer contagios prevenibles” y, fundamentalmente, a “no saturar el sistema” sanitario²¹, procura salvaguardar la vida, además de evitar las situaciones dilemáticas recién transcritas.

por el otro no es un tema que caracteriza a la sociedad actual, pero el miedo a que la enfermedad llegue a todos los hogares está tomando una fuerza tal que impulsa al hombre a ser más solidario”, de donde se advierten nuevamente reflejados los principios 3, 6 y 7 (cfr. www.centrodebioetica.org, 1-4-2020).

¹⁹ Vidal, Elisabet A., “COVID-19: consideraciones bioéticas del Comité de Ética Alemán sobre la ponderación justa de bienes morales en relación a los principios de solidaridad y responsabilidad”, www.centrodebioetica.org, 11-5-2020.

²⁰ “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus”, cit. nota 8, punto 9.3.

²¹ Laffèriere, “El COVID-19...”, nota 12, p. 23.

b) El segundo –alcance y límites de la experimentación sobre seres humanos–, de no menor relevancia en la historia de la bioética²², ha sido especialmente abordado por el documento de la UNESCO, en el que se lee que en estas circunstancias en las que la necesidad de una respuesta al virus resulta imperativa, “no deben transgredirse los principios éticos, sino que han de ajustarse a las circunstancias excepcionales”, por lo que insta a la creación de “un comité de supervisión para la investigación responsable durante esta pandemia a escala mundial. Dicho comité ha de reunir los resultados obtenidos a escala local y coordinar o compartir los procedimientos de examen”. Como explica Lafferriere, late aquí el propósito de evitar “la multiplicación de experimentos no seguros o la promoción de presuntos medicamentos sin los adecuados respaldos”²³, aspectos sobre los que la historia da cuenta de constantes y denostables ejemplos²⁴. De igual modo, el documento reafirma pautas que no por conocidas resultan menos relevantes, como que “es importante que la investigación en estas circunstancias no se lleve a cabo únicamente con ánimo de lucro. La transparencia, el intercambio de datos y el hecho de compartir los beneficios resultantes de la investigación para todos los seres humanos deben reconocerse como valores centrales” (punto 7. Cfr. también 8), lo que, como es obvio, es una concreción de los principios antes enunciados como 3, 5, 6 y 7.

c) Y el tercero –tratamiento de los cadáveres– ha adquirido especial relevancia en vista, como escribe Guzmán Lozano, por ejemplo, al “colapso funerario en Ecuador, las dificultades de almacenamiento de cadáveres en España e Italia o los entierros masivos en Estados Unidos”²⁵. Tales hechos no solo revelan la gravedad de la crisis sanitaria, sino que tocan aspectos centrales de la cultura humana, como lo es el debido trato que merecen los despojos de toda persona y, todavía más, el derecho de sus familiares y amigos a despedirlos. No es necesario para fundar este aserto memorar episodios clásicos de la literatura universal como la relevante –por tantos aspectos– obra de Sófocles, *Antígona*²⁶, o hechos más cercanos –y trágicos– de nuestra historia, como los abordados por el Alto Tribunal en la causa “Urteaga”²⁷. De ahí que se abre un campo de tensión en este tema frente a resoluciones dictadas a nivel planetario (tanto por la Organización Mundial de la Salud, como por diversos países) que, por razón del potencial infeccioso del cadáver, “sugieren celeridad y reducción del número de personas involucradas durante todo el proceso –preparación, transporte y depósito del cadáver–; siempre con el objetivo de disminuir la contaminación de terceros (familiares, personal de salud o de servicio funerario)” y que “ha originado la limitación/prohibición temporaria del velatorio y/o la ceremonia de

²² Cfr., al respecto, Rabbi-Baldi Cabanillas, “La experimentación en seres humanos...”, cit. nota 11, *passim*.

²³ Cfr. Lafferriere, “El COVID-19...”, cit. nota 12, p. 24.

²⁴ Cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, “La experimentación...”, cit. nota 11, esp. pp. 105-107.

²⁵ Guzmán Lozano, Jorge Armando, “COVID-19 y el manejo ético de los cadáveres”, www.centrodebioetica.org, 23-4-2020.

²⁶ Cfr. al respecto Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2019, esp. pp. 134-137.

²⁷ Cfr. *Fallos*: 321:2767. Sobre el particular, cfr. el comentario de Rabbi-Baldi Cabanillas, *Interpretación Jurídica*, cit. nota 3, pp. 296-299.

sepultura”. Conviene al respecto ser prudentes ya que, como afirma Navarro Viola, “lo prohibido no sería celebrar ritos (cosa que el gobierno no puede prohibir) sino ‘aglomerar’ personas, cosa que en la actual emergencia es razonable evitar”²⁸. Por lo que, completa Guzmán Lozano, “En medio de una pandemia, la restricción de ejercer plenamente las honras fúnebres no debería ser tomada como una transgresión, sino como una medida prudencial, éticamente admisible, en función a un bien mayor: el respeto y defensa de la vida física de los que quedan”²⁹, bien que tales restricciones no deberían violentar el ya señalado principio de proporcionalidad que ha de guiar toda esta materia. En el caso, la concreción de los bienes jurídicos “vida” e “integridad física” debe lograrse en paralelo a la pareja concreción del bien de las “honras fúnebres” y del adecuado tratamiento de los despojos del fallecido, sea respetando su voluntad (de ser conocida) o de sus familiares o personas próximas. Parafraseando a Alexy, se abre aquí un campo de posible tensión que exige ser prudentemente ponderado de modo de “optimizar” tanto como resulte posible el conjunto de derechos fundamentales que se dan cita en el caso, a través de la adopción de las medidas que mejor los aseguren (subprincipio de “idoneidad”) y que, al mismo tiempo, supongan el menor costo para el despliegue de cada uno de ellos (subprincipio de “necesidad”)³⁰.

3. Hacia nuevas concreciones del principio de justicia

Por último, el principio de la justicia adquiere con la pandemia diversas aristas. Tomo ahora tres aspectos que juzgo de relevancia: el igual trato sanitario debido para todos los enfermos, procedan o no de la actual pandemia; la especial consideración que merecen los profesionales de la salud y ciertas dimensiones procedentes de los principios antes identificados como 3, 6 y 7.

a) Respecto de lo primero, el documento del Comité de Bioética de España es especialmente claro: “La adopción de pautas en la asignación de los recursos debe ser común para todos los ciudadanos de forma tal que no se produzcan graves inequidades asistenciales entre unos y otros”, de modo que deben ser “tomadas desde la perspectiva del interés de todos los pacientes ingresados y no sólo de los pacientes que padecen COVID-19” (puntos 9.2 y 9.4).

b) En cuanto al segundo, el citado documento considera que es importante defender la “necesaria asistencia prioritaria al personal sanitario, por dos razones: en primer lugar, porque la mejor manera de proteger la salud de todos y cada uno de los individuos es

²⁸ Navarro Floria, Juan G., “Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?”, *El Derecho*, Tomo 286; 8-4-2020, cita digital: ED-CMXV-48. Disponible: <https://elderecho.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=b6586655a5c7d1c39c2c000d95b48c2>.

²⁹ Guzmán Lozano, “COVID-19...”, cit. nota 25.

³⁰ Para una síntesis del pensamiento de Alexy, con jurisprudencia, cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, “El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy”, en Alexy, Robert; Alonso, Juan Pablo; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coords.), *Argumentación, Derechos Humanos y Justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 231-254.

proteger la salud de los profesionales cuya función directa es garantizar aquella. Protegiendo prioritariamente a los sanitarios, sobre todo a aquellos más directamente involucrados en la asistencia directa a pacientes, nos protegemos directamente a todos. En segundo lugar, porque el principio de justicia entendemos que también exige priorizar a los que en el beneficio de terceros han expuesto más intensamente su salud” (punto 9.10).

Ambas apreciaciones exigen de mayor comentario. La primera remite al postulado crucial de la filosofía kantiana de que la persona es un fin en sí mismo, de donde no puede transformarse en “medio” de otro: en efecto; no “vale más” el enfermo de coronavirus que el de cualquier otra dolencia. Ambos, en la terminología de Kant, son susceptibles de “respeto”. La segunda es un adecuado ejemplo, en la terminología aristotélica, de la justicia “proporcional”, posteriormente conocida como “distributiva”, que asigna mayores méritos o reconocimientos a unos respecto de otros según los particulares servicios prestados en la vida social³¹. Sobre ambos tópicos existe un consenso teórico extendido, bien que la práctica, en no pocas circunstancias, deja mucho que desear. Ejemplo de ello son los supuestos en nuestro país a los que se ha asistido en las últimas semanas sobre algunos ciudadanos rechazando –por razones de vecindad– a trabajadores de la salud por temor al contagio, lo que revela una nítida aplicación del “individualismo” más arriba descrito que no solo constituyen la contracara de los principios planteados en este papel sino que, en rigor, es contra fáctico, ya que, como expresa el documento de la UNESCO (punto 5), “el alto riesgo para todas las personas que sufren la pandemia pone de relieve el hecho de que nuestro derecho a la salud solamente puede garantizarse mediante *nuestro deber* para con la salud, tanto a escala global como colectiva” (énfasis añadido).

c) Lo recién expuesto conduce a examinar otros aspectos de los principios 3, 6 y 7 como claras dimensiones del de justicia. Así, Pucheta pone el acento en “la relevancia de los sistemas públicos de salud” y en los “méritos de la socialización de la medicina como política pública”, cuestiones ambas que se hallan estrechamente vinculadas al principio de sociabilidad y subsidiaridad. Y, de igual modo, llama la atención, en cuanto a la comunicación de la pandemia, que el foco –otro rasgo vinculado a los principios recién expuestos– fue puesto en la necesidad de colaboración responsable de todos los actores de la sociedad, expresada sintéticamente, por ejemplo, en las consignas “al coronovirus lo frenamos entre todos” o “Somos Responsables”³².

V. CONCLUSIÓN

Las páginas precedentes procuran mostrar la conexión conceptual que existiría entre el sentido de las normas dictadas por la autoridad nacional a fin de hacer frente a la pandemia y las reflexiones y proposiciones desplegadas por autoridades académicas y organismos internacionales respecto de ese asunto. Tanto de la semántica cuanto de la

³¹ Para la fundamentación filosófica de estos postulados, reenvío a mi obra, *Teoría del Derecho*, cit. nota 26, respectivamente, pp. 59-63 y 411-419.

³² Cfr. Pucheta, “COVID-19...”, nota 14.

fundamentación de todos los textos examinados son claros los rasgos que conducen a mostrar que la persona es el fundamento del orden social y que, en el caso, la atención sanitaria que merece alcanza, por título propio, *especialmente* al más vulnerable pero *no de modo exclusivo a quien se halla alcanzado por la pandemia, sino a todos, sin excepción*, en situación crítica o no, víctimas de la pandemia o de cualquiera otra afectación. De ahí que la reflexión originada por el COVID-19 parece, pues, extraer una importante lección en cuanto al grado de protección que merece toda persona en tanto obligó a precisar un camino ascendente y cada vez más omnicompreensivo en cuanto a esa protección.

No se trató, ni se trata, de una empresa pavimentada. Emergieron respuestas que más acercan al escenario hobbesiano del “hombre lobo del hombre” que al de una “nueva sensibilidad”³³ (por caso, la señalada ¡discriminación por parte de algunos a los trabajadores de la salud!). Pero se planteó con honesta determinación qué hacer ante situaciones dilemáticas (“casos trágicos”): por ejemplo, la falta de insumos para atender a pacientes, al modo ya antiguamente planteado, de la “*tabula unius capax*”: dos naufragos disputan la única tabla disponible. Duro desafío éste para los esforzados descendientes de Hipócrates. Los clásicos españoles del siglo XVI dieron una respuesta, dramáticamente actual, a esa indeseada tensión, que es repetida por los documentos actuales: como principio, se debe atender a todos los pacientes; *per accidens* (por excepción), ante la falta de medios, deberán abocarse a lo que se pueda diligentemente hacer. Pero, y esto es lo decisivo, como ya se adelantó, no media una “elección” discrecional; menos una “selección” fundada en razones inconfesables; a lo sumo, si cabe la analogía, una suerte de acto de “doble efecto” en el que, por perseguir un bien loable, se tolera (nunca se provoca) una consecuencia no deseada.

Por cierto, no será ese el único planteo que se derive de la pandemia ni, mucho menos, de las entrañas mismas de la vida social. Cuestiones como las que plantea el *status* del embrión; el derecho del *nasciturus*; la violencia de género, por no mencionar sino algunos supuestos que guardan con los aquí vistos un aire de familia, saldrán a la luz de la reflexión y del debate una y otra vez. Todos ellos están haciendo recordar lo que un asesor de Clinton a propósito de la economía en su primera campaña presidencial supo susurrarle al oído y que aquí readecúo libremente: lo que está en juego verdaderamente “*is the person, stupid*”.

³³ Llano, Alejandro, *La nueva sensibilidad*, Madrid, Espasa Calpe, 1988, *passim*.

LAS EMERGENCIAS

LA EMERGENCIA ECONÓMICA Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS. A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA COVID-19

JULIO CÉSAR CRIVELLI* Y LUIS C. PALUMBO**

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el día 11 de marzo del corriente año 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote de coronavirus como una pandemia –afectando en ese momento a 110 países–, se ha generado un fuerte impacto en todas las áreas de actividad humana, y cuyo resultado final es de difícil previsión.

* Abogado especialista en temas de obra pública e infraestructura, Titular del estudio jurídico “Julio César Crivelli - Asesores Jurídicos”. Autor de numerosos trabajos en revistas especializadas sobre infraestructura, temas económicos de actualidad y varios libros. Ex Presidente y actual Secretario de la Cámara Argentina de la Construcción (CAMARCO). Integró la representación empresarial (Grupo de los seis) junto a los titulares de la Industria (Unión Industrial Argentina); el Campo (Sociedad Rural Argentina), los Bancos (Asociación de Bancos Argentinos), el Comercio (Cámara Argentina de Comercio y Servicios) y la Bolsa (Bolsa de Comercio de Buenos Aires). Árbitro Honorario del Tribunal Arbitral de las Ingenierías del Centro Argentino de Ingenieros; Vicepresidente del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICyP); Consejero Consultivo de COAS (Cooperadora de Acción Social), Profesor titular de la Escuela de Posgrado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Vocal del Consejo Directivo de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL). Es Presidente de la Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y en 2017 fue designado como Personalidad destacada de la Cultura por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Abogado asociado al estudio “Julio César Crivelli - Asesores Jurídicos”. Egresado de la Universidad Católica Argentina. Se ha desempeñado como Profesor Adjunto de Derecho Civil III (Contratos) en la Cátedra del Dr. Alberto G. Spota, y como Asistente en la Cátedra de Ética Social en el año 1984, en la misma Universidad. Fue colaborador permanente en la Revista Jurídica “El Derecho” desde el año 1985 al año 1998, Especialidad en contratos de concesión y construcción de obras públicas en general y con financiamiento de organismo multilaterales de crédito. Actuación en Arbitrajes ante la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, UNCITRAL, CIADI, entre otros.

La dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida y la salud de la población en su conjunto, las relaciones entre los individuos y las distintas Naciones entre sí, se ha acrecentado exponencialmente desde que se efectuara dicha declaración, y obliga a todos los actores sociales a reflexionar y a adoptar medidas inéditas sobre ese amplio espectro de actividades y relaciones.

En el presente trabajo circunscribimos el análisis y la reflexión sobre los efectos que ha tenido ese impacto sobre el contrato público en general, y en forma particular, en el contrato de obras públicas, ya sea aquellos que se encuentren vigentes y/o en ejecución al declararse la emergencia, como a los que puedan celebrarse mientras dure la misma.

II. EL CONTRATO PÚBLICO

Como es sabido, el Estado, para lograr sus objetivos y fines, al igual que cualquier otro particular, requiere de elementos, de herramientas legales que le permitan desarrollar las actividades necesarias para concretarlos.

Esa herramienta por excelencia es el contrato administrativo, figura central de la contratación pública, que sencillamente podemos definirlo junto a la doctrina como: “[...] el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”¹.

Como nota característica propia y tipificante de su naturaleza podemos señalar su finalidad pública o de bien común, cuya satisfacción inmediata se persigue a través de los mismos. Así se ha expresado también al respecto: “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa”².

Pues bien, este rasgo tipificante del contrato lo hace merecedor de regulación propia y específica, que lo distingue de los contratos privados.

El marco legal vigente, en materia de contratación pública en el orden nacional, lo conforman: el Decreto Delegado N° 1.023 del año 2001 y su reglamento Decreto N° 1.030/2016, que es el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (RCAN), que reemplazó al anterior Régimen de Contrataciones Públicas basado en la Ley de Contabilidad y normas complementarias.

¹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III - Contratos de la Administración Pública, teorías general y de los contratos en particular, ver http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_III.A.pdf.

² Cassagne, Juan Carlos, “Características principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, ver http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf.

La necesidad de contar con un remozado marco jurídico en que la Administración puede desplegar su actividad contractual, vino dada por las exigencias de eficientizar la actuación pública a través de la unificación y ordenamiento de los procedimientos a seguir, como así la de incorporar los avances habidos en materia tecnológica, conforme se detalla en los propios considerandos y articulados de la norma aludida.

En materia de obra pública, el decreto delegado aludido dispone que seguirá vigente el régimen de la Ley N° 13.064, sin perjuicio de las modificaciones que introduce en algunos de sus artículos y de disponer que son de aplicación a dicho contrato las disposiciones contenidas en su Título I³.

Anotamos al sólo efecto de ilustrar que existe también vigente en el campo de ejecución de infraestructura pública, un marco legal para aquellos contratos regulados por la Ley N° 27.328, denominados Contratos de Participación Público Privada, que constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes Nros. 13.064 y 17.520, y por el Decreto N° 1.023/2001, pero que por las exigencias financieras que requiere en su estructuración es de difícil implementación en la actualidad.

II.1. El contrato público en estado permanente de emergencia

Un aspecto que corresponde señalar como introductorio a la cuestión a tratar es que el actuar administrativo, en las últimas décadas, en especial en el campo de las contrataciones, ha transitado escenarios de emergencia, a punto de convertir dicha excepcionalidad en un estado casi normal de actuación. Estas emergencias han sido causadas por las cíclicas crisis de pago que sufre el sector público. Estas circunstancias han conspirado contra la creación de un escenario de estabilidad y de seguridad jurídica necesario que permita una mayor competencia y transparencia en cada llamado o convocatoria pública que realice el sector público en materia de contrataciones.

El resultado directo de esa circunstancia es que el Estado (nacional, provincial o municipal) compre siempre caro por ser un crónico mal pagador y que se haya generado entre los sujetos participantes en el proceso de contratación, un espíritu que oscila entre la desconfianza y la complicidad, según sea el escenario político; comportamiento que se mantiene en el tiempo como una pesada carga hereditaria⁴.

³ Decreto N° 1.023/2001, Arts. 33, 34, 35 y 38; Decreto N° 1.030/2016, Art. 3°, literal e).

⁴ Se declaró la emergencia económica, administrativa y social en los años 1989, Decreto N° 1.755/1989; luego la Ley N° 23.696; la N° 23.544 (año 2001). Luego de esta crisis se sanciona la Ley N° 25.561, que fue prorrogada en su vigencia por diversas leyes: Leyes Nros. 26.204, 25.790 y 27.200, que la prorrogó hasta el 31-12-2017. La Ley N° 27.345 prorroga la vigencia de la Ley N° 27.200 hasta diciembre de 2019, pero sólo en lo referido a la *emergencia social*, no a la administrativa, económica ni financiera, que definitivamente caducaron el 31-12-2017. Cfr. Crivelli, Julio César, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, prólogo de Alberto B. Bianchi, con la colaboración de Susana Vega, “El Estado de Derecho en estado de emergencia”, <https://www.gordillo.com/articulos/art10.pdf>.

En virtud de esa atávica costumbre, antes de declararse esta última emergencia por el COVID-19 de alcance global por cierto, muchos de los contratos públicos en general, y el de obra pública en particular, se encontraban paralizados, suspendidos (neutralizados) o sencillamente rescindidos a veces en forma fáctica, de hecho, por la imposibilidad de ejecutarlos según las previsiones tenidas en mira por las partes al tiempo de contratar y por los severos y crónicos atrasos en los pagos que acumulaban (en especial, en materia de certificados de redeterminación de precios). Con este escenario los elementos esenciales del contrato sencillamente se desquiciaban, imposibilitando su continuidad si no se renegociaban.

Los contratos de provisión o suministros también fueron impactados en cuanto al mantenimiento de la intangibilidad de los precios acordados, hipótesis prevista por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el Decreto N° 1.023/2001 (“RCAN”), cuando declara: “El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo [...] también debe indicarse que el Reglamento del RCAN aprobado por Decreto N° 1.030/2016 (“RRCAN”), para el caso de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, permite solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual (Art. 96), sin limitarlo al origen natural de éstas”⁵.

En el campo de la obra pública, la Ley N° 13.064 y las normas que lo complementan contemplan y consagran también el derecho de mantener el equilibrio de la ecuación económica - financiera del contrato, concediendo a las partes la posibilidad de renegociar los términos de los mismos cuando estas circunstancias sobrevinientes se producen.

Así, su Artículo 39 expresa: “[...] la contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la Administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la Administración Pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor:

a) Los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública, no previstos en los pliegos de licitación;

b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos”.

En forma previa, su Artículo 35 establece que el contratista no será pasible de penalización por no cumplir con los plazos previstos en el contrato si acredita que existieron causas que justifiquen ese atraso y ellas fueran aceptadas por la autoridad. El Decreto N° 1.186/1984

⁵ Muratorio, Jorge, “Imprevistos de la Economía que afectan la Contratación Pública”, 27 de marzo de 2019, punto 3, primer y tercer párrafos, <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/03/27/imprevistos-de-la-economia-que-afectan-la-contratacion-publica/>.

reglamentando ese artículo estableció que eran causales de justificación del atraso: “[...] las dificultades que generen demoras, originadas en la situación financiera de la plaza sobrevinientes a la celebración del contrato y las derivadas del atraso en que incurra el comitente, en la medida que el contratista pruebe su incidencia en el plazo contractual. Se entenderá que ha existido atraso cuando el comitente ha demorado los pagos o retrasado por su culpa la emisión de los certificados en forma tal que el monto impago de éstos o, en su caso, el de los no emitidos en término, supere el quince por ciento (15 %) del valor contractual actualizado o, en caso de mora, el retardo exceda de tres (3) meses al plazo contractualmente estipulado para el pago”.

Finalmente, el Artículo 53 de la citada Ley N° 13.064 contempla en su literal d) la posibilidad de rescisión del contrato por parte de la contratista, entre otras causales: “b) Cuando la Administración Pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la Administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato”.

En definitiva, podemos concluir con la doctrina expresando que en la emergencia: “El contrato de obra pública adquiere su fisonomía propia, en cuanto el riesgo no es soportado por el contratista sino por el comitente. El contrato de obra pública no encierra, pues, ni el riesgo del evento fortuito, ni el que proviene de la imprevisión contractual, hallándose siempre vigente una suerte de cláusula *rebus sic stantibus*”⁶.

En forma rápida y sintética hemos descripto la situación y el marco utilizado para renegociar, suspender y/o rescindir muchos contratos de obra pública antes de la sanción de esta nueva emergencia, que ciertamente es incomparable en sus efectos a las anteriormente descriptas.

II.2. El contrato público y la emergencia del COVID-19

Remitiéndonos a la situación actual y en concordancia con el punto anterior, cabe señalar que antes de que fuera declarada la emergencia en forma específica, por efecto de la pandemia desatada, ya se la había declarado mediante una fuerte delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo a través de la sanción de la Ley N° 27.541 con un amplio campo de vigencia: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la

⁶ Spota, Alberto G., *Tratado de Locación de Obra*, T. i, Ed. Arayú., p. 522, citado por Mó, Fernando, *Régimen Legal de las Obras Públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 283-284. Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Volumen V, Depalma, 1979, pp. 281 y sigs.

presente ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el Artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020”⁷.

Es decir que al poco tiempo de concluir la última emergencia económico-administrativa operada en el mes de diciembre del año 2017 (vencimiento de la última prórroga de la Ley Nº 25.561), en el mes de diciembre del año 2019, se declara una nueva emergencia mediante la sanción de una nueva ley.

Específicamente, a partir de esa declaración de emergencia se sancionan en el mes de marzo del corriente año, una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia referidos a la emergencia sanitaria, siendo los principales los Nros. 260, 287, 297, todos del corriente año, a partir de los cuales, y en forma absolutamente inédita, se regulan las actividades productivas, laborales, comerciales en el país y las conductas individuales a las que se deben ajustar los ciudadanos mientras dure la pandemia desatada por el coronavirus.

Ciertamente, la emergencia del COVID-19, por su intensidad y duración, es claramente configurativa de un supuesto de fuerza mayor con las consecuencias que ello trae aparejado y que se encuentran previstas en los marcos regulatorios que hemos citado en puntos anteriores. Así, se contempla la situación en el Artículo 13, Decreto Nº 1.023/2001 y en los Artículos 94 y 96, Decreto Nº 1.030/2016 (RCAN), para las contrataciones de provisión y suministros; y en el Artículo 53, literal d), Ley Nº 13.064, para el contrato de obra pública y en el Artículo 1031, Código Civil y Comercial de la Nación, para los contratos en general en el campo del derecho privado.

En el campo de los contratos administrativos, como se precisa por la doctrina como configurativos de ese supuesto precisamente, “[...] las epidemias y pestes (enfermedades) pueden constituir un supuesto de fuerza mayor [...]” y sus consecuencias, en general, “[...] consisten en liberar de responsabilidad al respectivo obligado o deudor. Trátase de un supuesto donde el incumplimiento no apareja responsabilidad”⁸.

¿Qué efectos se proyectan, entonces, en ambos campos de contratación?

II.2.1. Los contratos de provisión o suministros

Para los contratos de provisión o suministro se dictaron a partir de la emergencia COVID-19 otras normas que modificaron sustancialmente los procesos de contratación, permitiéndose la contratación de bienes y servicios por todas las áreas comprometidas en la emergencia a dar respuestas urgentes, teniendo en cuenta la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida y la salud de la población en su conjunto.

⁷ Art. 1º, Ley Nº 27.541.

⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III - Contratos de la Administración Pública, teorías general y de los contratos en particular, pp. 133 y sigs., http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIa.pdf.

Para el cumplimiento de dicha finalidad, el DNU N° 287/2020 dispuso que mientras dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el Artículo 8°, incisos a) y b) de la Ley N° 24.156, estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos⁹.

En esa dirección también se dictaron luego normas como la Decisión Administrativa N° Decad-2020-409-APN-JGM, de fecha 18 de marzo de 2020, donde se establecieron los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia y la Oficina Nacional de Contrataciones, autoridad de aplicación del régimen del Decreto N° 1.023/2001, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros; la Disposición N° 48, de fecha 19 de marzo de 2020, y N° 53, de fecha 8 de abril de 2020, complementando el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, aprobando los procedimientos a seguir para efectuar las compras por procedimientos directos en el marco de la emergencia declarada.

Esta última disposición impuso que en los procesos de compra directa se exige que no se abonen montos superiores a los precios máximos establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020, o aquellos que se dispongan en el futuro, habida cuenta de las dificultades que se generaron por sobre precios abultados en las primeras contrataciones de alimentos¹⁰.

II.2.2. Los contratos de obra pública

En materia de obra pública, el escenario que se presenta es distinto.

No hubo una sanción de legislación específica que habilite un marco de contratación directa que ahorre tiempos en los procesos de selección. No obstante ello se están ejecutando obras como de adecuación y/o creación de zonas sanitarias y hospitales de campaña, etc., que se hicieron por vía más de la provisión que de la construcción en el sentido estricto, es decir, no por vía de un contrato de construcción o locación de obra.

También corresponde destacar que desde un comienzo de la emergencia sanitaria del DNU N° 297/1960, el personal afectado a la obra pública fue considerado como actividad esencial, es decir, no alcanzados por la obligación de aislarse preventivamente; luego se agregan a ese estatus ciertas obras privadas afectadas a la infraestructura energética¹¹.

⁹ Decreto N° 287/2020, Art. 3°, Decnu-2020-287-APN-PTE, Decreto N° 260/2020. Modificación, Ciudad de Buenos Aires, 17-3-2020.

¹⁰ Disposición N° 53/2020, Di-2020-53-APN-ONC#JGM, Art. 1°.

¹¹ Cfr. Art. 6°, numeral 10 del Decreto N° 297/2020 y Art. 1°, Decisión Administrativa N° 468/2020, Decad-2020-468-APN-JGM. Amplía listado de actividades y servicios esenciales en la emergencia: Obra privada de infraestructura energética.

Por su naturaleza, el contrato de locación de obra es un contrato que, dentro de sus características, tiene el hecho de ser de ejecución diferida en el tiempo.

¿Qué consecuencia negativa le trae esa característica propia en el actual escenario de emergencia especial?

Este diferimiento en el tiempo hace altamente improbable poder proyectar los rendimientos y eficacias de los elementos afectados a la ejecución de este contrato. A saber:

a) *El personal*: el criterio sanitarista impone una severa restricción en su empleo y en los protocolos que deben cumplirse para ejercer la actividad¹². Hasta ahora se han seguido ejecutando algunas obras de cercanías y siempre que sea posible implementar los protocolos mencionados.

b) *Provisión de insumos y cadena de valor*: los insumos básicos de la construcción, como el cemento, asfaltos, hierros elaborados, etc., imponen la necesidad de activar procesos industriales que exigen escala en su demanda para justificar su puesta en marcha y permanencia en su producción¹³. Lo mismo cabe predicar respecto a los proveedores que conforman la cadena de valor del contratista, para que puedan ejecutar en tiempo y forma los trabajos comprometidos.

c) *Los equipos*: finalmente, en materia de provisión y mantenimiento de equipos, también se encuentran dificultades por las propias restricciones de actividades impuestas por la emergencia.

Claramente, la dificultad existente en calcular el rendimiento que cada elemento enunciado pueda tener, en lo futuro, junto con la dificultad para pautar un coste (y por ende, el precio) de la obra y un plazo para concluirla, en el escenario de esta particular emergencia, desalientan la celebración de este tipo de contratos. Existe la imposibilidad de pautar hoy de manera responsable, con ajuste a la buena fe contractual, un posible escenario de tiempo y precio de una obra a través de esta vía contractual.

¿Cómo se podría hoy, en este escenario, acordar un plan de trabajos e inversiones a desarrollarse en el tiempo? ¿Cómo fijar un precio final de la obra? ¿Existe un álea de riesgo razonable que pueda ser asumido por el empresario en el contrato de obra pública en este escenario? Entendemos que no.

Sin embargo, la propia pandemia exige obras esenciales, en especial, de saneamiento, agua potable, mantenimiento de caminos, etc., que sólo pueden ser satisfechas a través de este tipo de contratos de largo plazo de ejecución.

En el punto siguiente, ensayamos algunas ideas que pueden servirnos no sólo para satisfacer las necesidades sanitarias, sino también para reactivar el sector de la construcción, que es una actividad industrial creadora de empleo por excelencia.

¹² Ver Protocolo <http://www.camarco.org.ar/noticias-generales-de-la-camara/nota-de-presentacion-y-protocolo-de-recomendaciones-practicas-covid-19-version-1>.

¹³ Decisión Administrativa N° 429/2020, Decad-2020-429-APN-JGM - Incorporación de actividades y servicios exceptuados, Art. 1º, numeral 1, entre otros.

III. REFLEXIÓN FINAL: NECESIDAD DE ADECUAR EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE OBRA PÚBLICA

Hemos visto las dificultades, que en algún punto parecieran irreversibles, que tiene la ejecución y celebración de nuevos contratos de locación de obra pública en el escenario actual.

No obstante ello, pensamos que puede existir una vía de salida o solución que permita no sólo reactivar los contratos paralizados o neutralizados, sino también celebrarse nuevos.

Esta solución posible la encontramos en el cambio del sistema de contratación; debemos ir al sistema de “coste y costas” dejando de lado el de “ajuste alzado”, pues seguir insistiendo en este último, que supone cotizar a futuro una obra y un precio global, es hoy imposible, como hemos visto, pues el empresario debe asumir un riesgo que es contrario a la buena fe diligente en estos momentos.

Esta solución pensamos que puede ser aplicada a los contratos paralizados y a los nuevos que puedan celebrarse.

En ambos casos podría adoptarse que el Estado asuma la obligación de proveer los insumos y materiales de la obra si ello resultara posible. La retribución del empresario puede ser un porcentual del coste final de la obra (gastos e inversión) o una suma fija determinada de antemano.

Ciertamente, el cambio de sistema de contratación aliviaría los riesgos del contrato tornándolo viable en esta emergencia, pues el mismo ayuda a mitigar el escenario de incertidumbre y riesgo que hoy lo rodea.

El cambio del proceso de selección de la empresa contratista también haría posible la celebración de este tipo de contratos, acortando los tiempos del proceso; es necesario para ello dejar de lado el proceso de Licitación Pública y adoptar el de contratación directa.

La Ley N° 13.064, dictada en el año 1947, ratificando su sabiduría, contempla y habilita a llevar a cabo las dos cosas en el supuesto de emergencia justificada.

En efecto, respecto al proceso de selección, autoriza a recurrir a la contratación directa, Artículo 9°, literal c), de la ley citada (modificada por la Ley N° 1.023/2001), donde se habilita la contratación directa en oportunidades de presentarse urgencia justificada en la que entendemos pueden subsumirse determinadas obras en el escenario actual de emergencia¹⁴.

¹⁴ El Art. 9°, literal b), expresa: “Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública. Quedan exceptuadas de la solemnidad de la licitación pública y podrán ser licitadas privadamente o contratadas en forma directa, las obras comprendidas en los siguientes casos: [...] literal c) Cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una pronta ejecución que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, o para la satisfacción de servicios de orden social de carácter impostergable”.

Respecto a la mitigación de riesgo por la incertidumbre que imposibilita fijar un precio y un plazo de obra en forma global y a futuro, autoriza el sistema de “coste y costas” en su Artículo 5º de la citada ley¹⁵.

El sistema de coste y costa se trata de un contrato de construcción que no “enuncia precio alguno para los trabajos, ni hace gravitar sobre la empresa las eventualidades de origen fortuito, que puedan encarecer o dificultar la construcción”¹⁶.

Este cambio del sistema de ejecución de la obra permite que el riesgo mayoritario respecto al precio y los plazos de terminación de la obra, recaigan sobre el Estado, aportando la empresa contratista su *expertise*, junto a la de sus subcontratistas y proveedores cualificados.

Debemos advertir que si bien la ley vigente habilita esta forma y sistema de contratación y ejecución de obra pública, de manera excepcional, entendemos prudente exigir el dictado de una norma de emergencia (DNU) que habilite expresamente esta vía de selección y contratación, pues dotaría de certeza y seguridad a los funcionarios llamados a intervenir en cuanto a la legitimidad de optar por ese camino. Además, se aprovecharía el dictado de la norma para la creación de una Comisión de Seguimiento y de Asesoramiento a las distintas jurisdicciones contratantes, para intervenir en la ejecución de estos contratos, ya sea renegociando los existentes o bien cuando se celebren nuevos con esta modalidad, durante el tiempo que dure esta emergencia.

Esta Comisión, que debería depender de la jurisdicción del Ministerio de Obras Públicas, debería integrarse con representantes gremiales del sector empresario y trabajador, cámara de proveedores de insumos básicos, etc., lo que permitirá dotar de mayor transparencia y publicidad al proceso y, además, para apoyar a aquellas jurisdicciones contratantes sin la suficiente experiencia en la compra de insumos para ejecutar obra pública en forma directa.

Esta solución, insistimos, también aconsejamos aplicarla al conjunto importante de contratos suspendidos y/o neutralizados, al tiempo de la declaración de emergencia del COVID-19.

Estamos seguros de que este camino puede dar respuesta tanto a las necesidades sanitarias que esta especial emergencia COVID-19 exige, como también aportar para reactivar el sector de la construcción y con ello elevar el nivel de la actividad económica en general.

¹⁵ Cfr. Ley N° 13.064, “Art. 5º.- La licitación y/o contratación de obras públicas se hará sobre la base de uno de los siguientes sistemas:

- a) Por unidad de medida;
- b) Por ajuste alzado;
- c) Por coste y costas, en caso de urgencia justificada o de conveniencia comprobada;
- d) Por otros sistemas de excepción que se establezcan.

En todos los casos la contratación podrá hacerse con o sin provisión de materiales por parte del Estado”.

¹⁶ Cfr. Mó, Fernando, *op. cit.*, p. 84, numeral 32.

EL EQUILIBRIO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL FRENTE A UNA PANDEMIA

GUADALUPE VALDÉS ORTIZ*

Más allá de las argumentaciones jurídicas, las máximas de la experiencia nos indican que las relaciones contractuales bilaterales onerosas destinadas a perdurar en el tiempo tienen un estrecho basamento en la confianza que se genera entre las partes. Así, podemos imaginar lo expuesto en aquel convenio más personalizado, como el del inquilino diligente, que mantiene la cosa en buen estado y paga a tiempo, con un locador comprometido con su propiedad; el abogado que lleva en forma diligente el expediente o los asuntos del cliente que le confía muchas veces sus problemas personales; el escribano o contador que sabe entender los requerimientos habituales de su cliente, o el médico que sucesivamente en sus distintas consultas escucha con paciencia las inquietudes de su paciente. Hasta contrataciones más anónimas, en donde igualmente se llega a desarrollar un vínculo basado en la buena fe que tiende a generar la fidelidad del cliente como, por ejemplo, la eficiente atención bancaria en momentos de temporada alta o de la empresa de medicina prepaga cuando se requiere la atención de un tratamiento de complejidad o el suministro de insumos o de servicios de dificultosa logística.

Ahora bien, esa contratación basada en la buena fe de las partes, como en el tácito y consecuente compromiso de cumplimiento de las obligaciones en materia de contratos bilaterales y onerosos (que son la gran mayoría de los contratos que comúnmente celebran los individuos y que despierta –en lo inmediato– mayor interés), genera una específica conexión que se identifica en el mundo del derecho como sinalagma contractual. Es decir, entre las obligaciones principales que le cabe a cada una de las partes debe haber un

* Abogada por la UCASal. Profesora regular de Contratos y Profesora Adjunta a cargo de cátedra de Reales en UCASal. Juez de Cámara Civil y Comercial.

equilibrio jurídico (no matemático) que hace a la legitimidad de ese consentimiento originario, a la relación de reciprocidad e interdependencia de las prestaciones, que es propia de esta clase de contratos; pues de la mano del *pacta sunt servanda* va el *rebus sic stantibus*; es decir, las partes se encuentran obligadas a lo pactado siempre que no se alteren las circunstancias.

EL VÍNCULO QUE SUPONE TODA RELACIÓN CONTRACTUAL

La tradicional definición de contratos que contiene el Artículo 957 del Código Civil y Comercial (CCyC), cuando conceptualiza al mismo como un acto jurídico bilateral que importa la concurrencia de dos voluntades, no es otra cosa que la referencia a un vínculo jurídico. A su vez, toda vinculación alude a una unión, a una relación que se establece –en este caso– entre personas.

Este vínculo jurídico –que no es propio de los contratos, sino que se encuentra en distintos tipos de actos jurídicos bilaterales o plurilaterales– se construye, en el caso de los contratos, a través de lo que los contractualistas han llamado el *iter constitutivo*; recorrido en donde los futuros contratantes exteriorizan necesidades y propósitos individuales que no necesariamente se ven luego reflejadas en el instrumento contractual.

Asimismo, esa vinculación –como toda relación humana– es diferente en cada caso particular, y está sujeta, tanto en su nacimiento como en su desarrollo o ejecución, a diferentes variables, como son –para empezar– la subjetividad de las personas (sujetos de derecho), el contexto socioeconómico de las mismas, sus motivaciones o necesidades personales (que pueden llegar a encuadrar en el supuesto del Art. 281, CCyC), la coyuntura local, etcétera.

Desde el punto de vista del derecho, ese vínculo también está contenido por un conjunto de principios, valores y normas. Así, cuando estamos frente a contratos bilaterales, onerosos, de tracto diferido y, aun con mayor énfasis, en los de tracto continuado, en donde esa vinculación entre personas se mantiene y perdura en el tiempo, el principio vertebral de toda relación humana se impone con toda su fuerza, como lo es la buena fe contractual.

Esta referencia a la vinculación humana que se encuentra ínsita en un contrato con distintas intensidades no es una simple alusión emotiva provocada por mis días de cuarentena obligatoria, sino que es una realidad sociológica que debe tenerse presente a la hora de analizar cómo puede reperfilarse ese convenio en dificultad, como consecuencia de la pandemia provocada por el comúnmente denominado coronavirus y que es el tema que aquí nos convoca.

LA PANDEMIA Y EL EQUILIBRIO DESEQUILIBRADO

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud clasificó al virus COVID-19 como pandemia. ¿Qué significa esta declaración de la OMS? Pues que la vida de la humanidad cambió para siempre de una manera aún impensada. Y así se genera la gran

contradicción de la humanidad; pues este virus, para combatirlo, por un lado, nos une como seres humanos, a la vez que nos separa inexorablemente. Así, el director general de la OMS recordó una y otra vez que este es un problema global y que todos los países van a tener que poner mucho de su parte para combatir el virus¹. La conducta individual de quedarse en casa supone la seguridad del otro, del colectivo (externalidad positiva en términos genéricos); por otro lado, ese mismo virus nos distancia cuando un padre niega el abrazo al hijo por su seguridad, para evitar el contagio.

Esta tormenta inesperada y furiosa –en palabras del papa Francisco–, que hoy parece superar cualquier capacidad de análisis, de planeación y previsión, no puede ser ajena al derecho –como ciencia social– y menos aún al mundo de los contratos; al mundo –como dijimos– de la vinculación de las personas. A partir de que, como adelantamos, el contrato es el mecanismo jurídico que las partes utilizan para regular sus relaciones patrimoniales.

Tampoco podemos soslayar las noticias que desbordan los medios de comunicación sobre el enorme impacto económico que supone esta pandemia, no solo por la afectación de recursos públicos y privados para hacerle frente, sino, fundamentalmente, por la paralización de la economía en pos de la única solución inmediata recomendada por los infectólogos que se tiene a mano y que no es otra cosa que el aislamiento. Aislamiento que lógicamente provoca la caída de la actividad real, afectando la cadena de pagos, por sus efectos sobre las finanzas, la generación de ingresos, el empleo, la inflación, la pobreza, entre muchas otras consecuencias.

Y en ese contexto una característica que podemos advertir de esta crisis es que los cambios que suscita son repentinos y provocan una dinámica en todos los aspectos de la sociedad que se traduce en una inevitable inseguridad jurídica, por la sencilla razón de que nadie sabe qué va a suceder mañana, la semana o el mes próximo, ni cómo quedará el país si sobrevivimos. Baste para ello que el Estado nacional empezó con el dictado de un decreto (DNU N° 260/2020), donde establecía una serie de medidas en tono de recomendaciones y en tan solo diez días después se transformaron en prohibiciones (DNU N° 297/2020).

En este contexto resulta casi imposible no divisar que esta realidad ya se trasladó al mundo de las contrataciones, pues ha alterado –y todo hace pensar que esto será a largo plazo– el equilibrio contractual, aquel sinalagma al que hacemos mención. Y entiendo que el análisis que a continuación se realiza, si bien está dirigido especialmente a aquellos contratos celebrados con anterioridad al coronavirus y en curso de ejecución, no puede descartarse que seguramente también afectará contrataciones futuras, en la medida –como se dijo– que la crisis se mantenga en desmedro de la previsibilidad y el cuidado que se les exige a las partes al momento de contratar en circunstancias de normalidad (Art. 961, CCyC).

¹ Ver <https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global.html>.

Y resulta más que evidente que una circunstancia como ésta excede el marco de lo que podríamos denominar el riesgo contractual supuesto para circunstancias normales o extraordinarias pero impensadas en semejante magnitud², y puede incluso superar el marco legal tradicional previsto para solucionar el desequilibrio contractual de solo una de las partes con soluciones legales que no necesariamente son las que los contratantes quisieran en este contexto ni las que esta nueva realidad impone.

En efecto, en abstracto, se tiende a pensar en que el desequilibrio de la pandemia únicamente afectará a una de las partes –pues así están estructuradas las soluciones convencionales–, en figuras como la doctrina de la imprevisión, la imposibilidad de pago, el caso fortuito o la fuerza mayor, el enriquecimiento sin causa. No obstante, y al igual que en la crisis argentina de 2001/2002, las relaciones contractuales van a exigir mayor creatividad jurídica en las partes, los abogados y los magistrados para llegar a una razonable recomposición del contrato en forma oportuna en el tiempo. Hemos de pensar que –como nunca–, frente a este contexto económico, los planteos judiciales que se presenten en consecuencia difícilmente podrán absorber los plazos procesales de un litigio teniendo en cuenta los tiempos de duración de procesos de este tipo, que normalmente rondan los cuatro o cinco años. Más que nunca adquiere significado que la justicia extemporánea no es justicia. Cortada la cadena de pago, este es el gran desafío judicial. A tal fin, cuestión que no es materia de este trabajo, han de verse con mayor atención los medios alternativos de solución de conflicto aun en el marco de un pleito ya iniciado.

Y ello por la sencilla razón de que esta pandemia nos sitúa frente a un supuesto extraordinario imprevisible en todos los órdenes de la vida humana. Es prácticamente imposible pensar que pudiera existir hoy un contrato donde los contratantes hayan previsto, con mayor o menor detalle, criterios de distribución de pérdidas frente a una crisis de estas características.

En un primer momento, entiendo que podría divisarse una recurrencia a la instancia judicial casi obligada por el propio aislamiento en búsqueda de una solución cautelar o, por qué no, anticautelar. Si las partes están distanciadas físicamente y con escasa posibilidad de un asesoramiento letrado, difícilmente podrán encontrar una solución extrajudicial de fondo al desequilibrio en este contexto de inquietud general. En un momento posterior, cuando la enfermedad pase pero se quede la crisis económica, que la mayoría de los economistas razonablemente auguran, hay que esperar que vengan seguramente planteos de fondo.

EL MARCO LEGAL DE LA EMERGENCIA

Distintas normativas se han dictado desde el 12 de marzo de 2020 con relación al coronavirus, y seguramente más se dictarán hasta que salga publicado este artículo, pues

²Gagliardo, Mariano, “Riesgo Contractual y presunción del acto jurídico”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 13-6-2013, 1. LL 2013-C, 1248, Cita Online: AR/DOC/1801/2013.

–reitero– la dinámica de la crisis implica una necesaria dinámica legislativa; hoy concentrada, prácticamente, en lo que nos ocupa, en los distintos decretos de necesidad y urgencia que dicta el Poder Ejecutivo Nacional.

No obstante, como es sabido comúnmente por todos los ciudadanos de nuestro querido país, podemos calificar a la Argentina como un país de crisis permanente, por lo que es dable iniciar el abordamiento del marco legal de la emergencia con el texto de la Ley N° 27.541, llamada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública”. Hoy vigente, y en donde se enmarcan los distintos decretos consecuentes dictados ya en el ámbito de la pandemia, y donde se declara –ni más ni menos–, en el Artículo 1°, la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Esto no es un tema menor a la hora de que el magistrado deba interpretar el contenido de un contrato, pues en medio de esta emergencia se ha instalado otra, aún tanto o más difícil de resolver que la primera y con un marcado cariz humanitario, que es un aspecto que va incidir inevitablemente en el comportamiento de las personas, como en su perspectiva de análisis.

En este sentido, la ley en su propio título introduce un valor nuevo en materia contractual, que es el de “solidaridad social”; conceptos más propios de ciencias sociales como la filosofía, la antropología o la sociología para su correcta comprensión.

No obstante, en el contexto de crisis que acucia a nuestro país desde hace algunos años, parece acertado apelar a la solidaridad para enfrentar o resolver casos o situaciones puntuales. Si bien en materia de derecho la solidaridad la vemos concebida como fundamento de sistemas de aportes claramente expresados en institutos de la seguridad social o sistema de medicina prepaga o de seguros, no ha sido vista como valor a considerar en la solución de controversias entre particulares.

En ese orden de ideas, más allá de las creencias religiosas de cada individuo, tal como lo destaca la Doctrina Social de la Iglesia –válida en su análisis como dimensión de la cultura occidental–³, “nunca como hoy ha existido una conciencia tan difundida del vínculo de interdependencia entre los hombres y los pueblos, que se manifiesta a todos los niveles. La vertiginosa multiplicación de las vías y de los medios de comunicación en tiempo real, como las telecomunicaciones, los extraordinarios progresos de la informática, [...] y los pueblos, debe estar acompañada por un crecimiento en el plano ético-social igualmente intenso, para así evitar las nefastas consecuencias de una situación de injusticia de dimensiones planetarias, con repercusiones negativas, incluso en los mismos países actualmente más favorecidos”. “Así, la solidaridad debe captarse, ante todo, en su valor de principio social

³ Ver http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.htm y *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 22 (2009.2), Publicación Electrónica de la Universidad Complutense, ISSN 1578-6730. Camarena Adame, María Elena, “La religión como una dimensión de la Cultura”, Universidad Nacional Autónoma de México; Gerardo Tunal Santiago, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, ver <https://www.redalyc.org/pdf/181/18111430003.pdf>.

ordenador de las instituciones [...], es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”.

En la Carta Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, del Papa Juan Pablo II, se hace hincapié en que “la solidaridad no es un sentimiento superficial y con una correcta interpretación de la solidaridad se puede mejorar el ordenamiento social”.

Entendido sucintamente la dimensión de su contenido, en materia de contratos, como valor del derecho de la emergencia, es una pauta interpretativa (Art. 2º del CCyC) que se manifiesta en que la lectura de los contratos, y de sus ahora circunstancias extraordinarias, ha de hacerse en el marco de una indispensable solidaridad real y concreta.

La DSI, en su parágrafo 161, apunta que “[...] *estos principios tienen un carácter general y fundamental, ya que se refieren a la realidad social en su conjunto: desde las relaciones interpersonales caracterizadas por la proximidad y la inmediatez, hasta aquellas mediadas por la política, por la economía y por el derecho; desde las relaciones entre comunidades o grupos hasta las relaciones entre los pueblos y las Naciones. Por su permanencia en el tiempo y universalidad de significado, la Iglesia los señala como el primer y fundamental parámetro de referencia para la interpretación y la valoración de los fenómenos sociales, necesario porque de ellos se pueden deducir los criterios de discernimiento y de guía para la acción social, en todos los ámbitos*”.

En ese entendimiento, y como clara cristalización de la solidaridad, en el Artículo 60, título VIII de la ley, donde alude a los Créditos Uva, se revive el principio de esfuerzo compartido.

Recordemos el Artículo 11 de la Ley N° 25.561 (de Emergencia Pública y Reforma del régimen cambiario), que regulaba—entre otras cuestiones— las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero y que tuvo gran aplicación a la hora de equilibrar los contratos celebrados en moneda extranjera⁴, constituyendo un criterio jurídico de gran ayuda para fundamentar las soluciones judiciales de aquel momento. Principio que llegó para quedarse allá a principios del año 2002, pero que no tuvo prácticamente aplicación en épocas de mayor estabilidad, por lo que podemos válidamente identificar el mismo como un principio contractual de la emergencia.

La ley de solidaridad también introduce en el artículo en comentario un mecanismo que, en lo personal, pienso puede ser replicado por los magistrados en los distintos tipos de contratos, que consiste en estudiar “mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor”. Ello, luego de “una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de [...]”; en el caso de la norma refiere al sistema Uva pero nada impide trasladar ese concepto, en menor medida, al microsistema de funcionamiento que implica cada contrato.

⁴ Ver http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dasc050028-miquel-principio_esfuerzo_compartido_como.htm.

Luego, se han dictado distintos decretos (v. gr. Nros. 311/2020, 312/2020, 319/2020, 320/2020) que afectan principalmente los contratos de cuenta corriente bancaria, prestación de servicios públicos, créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles y locación de inmuebles.

La normativa es clara, y si bien tiende a afectar solo contratos específicos, del examen de su conjunto podemos inferir una serie de criterios que pueden ser de utilidad.

Lo dicho en tanto la interpretación de las normas en los términos del Artículo 2º del CCyC obliga al intérprete a recurrir a la finalidad, analogía, a los principios y valores “de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”.

LAS HERRAMIENTAS TRADICIONALES

Resulta innegable que mecanismos como la teoría de la imprevisión se ajustan –en lo teórico– a la situación que nos ocupa; pues estamos divisando que los efectos de una pandemia imprevisible seguramente tornarán las obligaciones asumidas por una de ellas en desproporcionadas y excesivamente onerosas, afectando de esta manera el equilibrio contractual que existía al momento de celebrar el contrato (Art. 1091, CCyC).

Ahora bien, distinguidos autores han comentado sobre los institutos existentes destacando: “[...] el derecho de los contratos en la Argentina conforma un cuerpo avanzado en las soluciones que propugna –a tono con una concepción humanista, de respeto a la dignidad humana–; preocupado por el equilibrio negocial o justicia en los contratos; que pone coto a los afanes de especulación o provecho egoísta; más cercana a la admisión de un ‘justo precio’ que a la convalidación de cualquier precio”⁵.

Así, el autor señala (junto con distintos desarrollos doctrinarios) las diversas formas de reacción del sistema jurídico que legisla instrumentos jurídicos que actúen como verdaderos pilares que sostengan la real voluntad de las partes al momento de celebrar un contrato; que van desde la teoría de la imprevisión, la lesión subjetiva-objetiva, el abuso del derecho, el abuso de la posición dominante en el mercado, la protección del consumidor, el enriquecimiento sin causa..., por lo que no me voy a detener en su análisis.

REPENSANDO MECANISMOS QUE PERMITAN EL REPERFILAMIENTO DE LA RELACIÓN O EL EQUILIBRIO DESEQUILIBRADO

Ahora bien, como dijimos anteriormente, la pandemia tiene características globales que están afectando la economía general del país y del mundo entero, lo que significa que seguramente ambas partes del contrato se verán de una manera u otra impactadas, lo que hace pensar que los mecanismos tradicionales mencionados no serán suficientes en sus formas puras y deberán ser aplicados con nuevas y diferentes perspectivas y alcances.

⁵ Massa, Héctor, “La revisión del contrato ante el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones: la cláusula *rebus sic stantibus*”, Publicado en: *APC* 2013-7, 825.

Tal como comentaba el doctor Mosset Iturraspe, “como cualquier situación límite, nos obliga a pensar [...], también nos empuja a interpretar todo el contexto alrededor (este caso global), establecer relaciones no obvias (no solo con la ciencia médica) y poner en duda los valores sobre los que hemos levantado la frágil civilización humana. De hecho, por la situación misma varios ideales que han sostenido nuestra economía, nuestras instituciones políticas, nuestras relaciones globales, etc., parecen tambalear”⁶.

En este contexto, hay articulados que alcanzan protagonismo.

Así, los primeros tres artículos del Código Civil adquieren una fortaleza inesperada; el primero de ellos, ubicado en el título de “Fuentes del Derecho” (no de la “ley”, diferencia que tiene un significado de gran relevancia en estas circunstancias), exige que los casos sean resueltos conforme—entre otras cosas— los tratados de derechos humanos, la finalidad de la norma, los usos, prácticas y costumbres.

El artículo segundo nos pide que la ley sea interpretada teniendo en cuenta las leyes análogas, cuestión importante, dado las lagunas legislativas con las que se encontrarán contratantes y jueces frente una pandemia de estas magnitudes. Asimismo, deben considerarse los principios y valores jurídicos “de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”. Todo ello nos lleva entonces a pensar en la importancia práctica de los principios de buena fe, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, de ponderación, por qué no de proporcionalidad, de solidaridad social, del esfuerzo compartido..., a los que ya hicimos mención. Tampoco podemos dejar de lado la equidad como un valor de larga tradición en nuestro derecho, reconocida incluso como facultad de adecuación de las normas que en su generalidad no contemplan situaciones concretas que pueden ser injustas.

El principio de libertad contractual previsto en el Artículo 958 del CCyC⁷ va tomar un nuevo significado, cuando en su segunda parte establece que “el contenido contractual determinado por las partes encuentra sus límites en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Este límite va a alcanzar no solo el momento del perfeccionamiento del contrato de aquellas nuevas y futuras contrataciones nacidas durante la crisis, sino aquellos contratos que—celebrados con anterioridad— muestran en su desarrollo temporal una mutación del contenido en circunstancias de excepcionalidad. Es una pauta interpretativa de profundo significado.

Tampoco puede soslayarse la relectura del Artículo 961 del CCyC, que cuando regula la buena fe en todas las etapas del contrato somete la protección de las consecuencias que puedan considerarse comprendidas con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. Ahora bien, la previsibilidad del contrato como criterio de valoración de la responsabilidad (Art. 1728, CCyC) debe ser considerada

⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, “Regulación sobre contratos. Principios de unidroit en países en vías de desarrollo y en la Argentina”, publicado en: *La Ley* 2001-f, 1425, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 21.

⁷ Lafferriere, Jorge Nicolás, “La equidad en el derecho civil y los daños causados por actos involuntarios”, publicado en: *RCCyC* 2019 (diciembre), 157.

bajo un prisma diferente porque así lo impone el principio de la razonabilidad (Art. 3º, CCyC), paradigma transversal de la lógica de razonamiento judicial de nuestro CCyC.

Ello sobre todo considerando que cuando el Artículo 3º del CCyC requiere que los asuntos sometidos a la jurisdicción sean razonablemente fundados, esa razonabilidad, para que sea “razonable” –en medio de la locura que ha producido este virus– va a requerir –reitero– de un esfuerzo mayor que la simple recurrencia a herramientas convencionales para lograr la mejor reestructuración del contrato en función a las especiales circunstancias.

En ese entendimiento, diviso como una herramienta de gran utilidad las facultades del juez previstas en el Artículo 960 de dicho cuerpo legal. En una primera lectura, allá en el tiempo, cuando estudiamos el anteproyecto de reforma, he de confesar que como contractualista, formada en el derecho privado, no dejaba de erizarme la piel ante semejante competencia.

Ahora bien, encuadrada la misma en las condiciones adecuadas de extraordinaria excepcionalidad, a pedido de una de las partes, cuando la ley lo autoriza (ley que debe ser interpretada a la luz de los principios que mencionamos) o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto el orden público (lo que no parece hoy imposible de ocurrir en la realidad), la misma debe ser utilizada. Se hace difícil pensar que no se darán hipótesis que fundamenten tal ejercicio. Situaciones como las que hoy nos aquejan requieren de soluciones que no pueden sujetarse a exquisiteces doctrinarias, aunque tengan entidad para producir escozor frente al tradicional funcionamiento del contrato en el ámbito de la voluntad de los contratantes. Sólo cabe apelar a la prudencia de los jueces y a la buena fe de las partes en el uso y no abuso de esta facultad excepcional y restringida.

Asimismo, al momento de analizar la intención común del contrato conforme el texto del Artículo 1061 del CCyC, habrá de estarse a los conceptos generales del contrato y tener presente la operación jurídica económica del mismo, como así también las fuentes de interpretación del Artículo 1065 de dicho código. En especial, los principios de conservación del Artículo 1066, CCyC. Ello en la medida en que varias figuras de las mencionadas apuntan o señalan como alternativa la disolución o extinción del contrato como la causal de frustración del fin (Art. 1090, CCyC), lo que nos obliga a reflexionar si esa es la solución más conveniente para ambas partes.

El Artículo 962 del CCyC también demanda un nuevo examen, pues a la vez que establece que las normas de los contratos son supletorias también regula, a menos que “de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible”. Esta dimensión del orden público contractual repercute inexorablemente en distintos aspectos de la materia como, por ejemplo, en el funcionamiento del derecho transitorio que establece la aplicación inmediata de las normas de orden público, que son las que gozan de la cualidad de indisponibles. Pensemos que también podría incidir en la integración del contenido del contrato pues aquellas normas constituyen la primera regla de integración en sustitución de cláusulas incompatibles con ellas.

Finalmente, no podemos soslayar la función preventiva regulada en nuestro código no solo desde el punto de vista de la acción y sus distintos presupuestos, abundantemente

comentada por la doctrina, sino por el deber impuesto en el Artículo 1710 del CCyC, especialmente en el inciso segundo, cuando impone que toda persona tiene el deber de “[...] adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud [...]”, lo que tiene plena y franca aplicación en el contrato en sí mismo como en el comportamiento que deben adoptar las partes al momento de que tengan que situarse frente a la posibilidad de adecuación del contenido del contrato o su disolución, o frente a figuras como la cláusula penal.

Por último, no cabe más que señalar que marcados por la incertidumbre y el dinamismo de las circunstancias, este artículo solo pretende constituir una pequeña colaboración en la búsqueda de posibles herramientas y/o posibles soluciones frente a la crisis que ya está instalada en el contrato. Y ello con las limitaciones que el propio aislamiento provoca, pues no solo limita el rigor científico del estudio del tema, sino que también incide en el ánimo de quien piensa. Y esto último lo destaco, pues al final ambas son variables que afectarán también a todos los operadores que intervengan en la reestructuración de la relación contractual.

He de confesar que soy consciente de que estas líneas no van a alcanzar y van a quedar seguramente estrechas para prever la cantidad de contingencias contractuales que ocurrirán en la realidad, pero sabrá el lector apreciar mi buena intención.

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EMERGENCIA Y PANDEMIA:
¿FACTOR EXTERNO E IMPREVISIBLE?
ALTERNATIVAS PARA SUPERAR LA CRISIS CONTRACTUAL***

BÁRBARA FERNÁNDEZ VILLA,
ANDRÉS BOUSQUET,
CLAUDIO MATÍAS POSDELEY,
MARCOS S. SERRANO**

* Trabajo confeccionado en el marco de la Masterclass online, “Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual”, donde participaron la Dra. Bárbara Fernández Villa y los Dres. Rodolfo Barra, Andrés Bousquet, Claudio Matías Posdeley y Marcos S. Serrano, que se llevó a cabo el 8 de abril de 2020, y fue organizada por la Universidad Austral como actividad de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública

** *F. Villa*: Abogada (UCA) con Especialización en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Es docente de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), y profesora invitada en materias de Compras y Contrataciones en la Universidad Austral, en la Universidad Abierta Interamericana y en la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Bousquet: Abogado (UCA). Especialista en Derecho Administrativo. Docente en la Universidad de Buenos Aires, Universidad de La Matanza y Universidad Austral.

Posdeley: Abogado (UCSF). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (UA). Subdirector de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Coordinador académico de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral.

Serrano: Abogado (UBA). Subdirector de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral. Vicepresidente del Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE). Miembro del Consejo Académico del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral. Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza. Profesor de Postgrado en la Universidad Austral y en la Universidad Católica de La Plata.

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA Y LAS CONSECUENTES MEDIDAS ESTATALES EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL PÚBLICA

Como es de público conocimiento, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó al coronavirus COVID-19 como una pandemia¹ y pidió que los países “tomen acción de manera urgente y agresiva”².

Ello ocurrió el día 11 de marzo de 2020, y desde esa fecha se han ido dictando normas en cada país, con distintas medidas.

Nuestro país la adoptó en su normativa de emergencia –materia que fue objeto de pronunciamientos judiciales en los que se determinó qué requisitos deben cumplimentarse para la emisión de una ley de emergencia³. Así, a través del Decreto de Necesidad y

¹ De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), se llama pandemia a la propagación mundial de una nueva enfermedad, cuando el brote afecta a regiones geográficas más extensas, cruzando fronteras internacionales y propagándose a lo largo de varios continentes. Diario *La Nación* digital, 11-3-2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-organizacion-mundial-salud-catalogo-como-pandemia-nid2342188>.

² En una conferencia de prensa, el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró: “Esto no es sólo una crisis de la salud pública, es una crisis que va a tocar todos los sectores, por lo que todos los sectores y todos los individuos deben involucrarse en la lucha. Resumo los cuatro puntos clave: prepararse y estar listos; detectar, proteger y tratar; reducir la transmisión e innovar y aprender”. Diario *La Nación* digital, 11-3-2020 (cita anterior).

³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para citar los dos fallos más relevantes en la materia, en el fallo “Caso Avico c/ de la Pesa”, en el año 1934 (*Fallos*: 172:21), cita un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa “Home Building and Loan Association v. John H. Blaisdell y señora de Blaisdell” (8-1-1934) y, de acuerdo a la doctrina del fallo norteamericano, deja asentados los requisitos para la emisión de una ley de emergencia: 1) que exista la situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria (medida que se dictó en ese momento) sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; y 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria. Además, en “Avico” se expresó que nuestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el congreso en uso de su atribución legislativa (Arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general.

En el conocido fallo “Peralta”, la Corte Suprema sostiene que para que la sanción de una ley de emergencia esté justificada es necesario que se cumplimenten los cuatro requisitos que debe llenar una ley, que se sentaron en “Avico”. La restricción del ejercicio de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la subsistencia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del Estado de Sitio, no suspende las garantías constitucionales. En cuanto al concepto de emergencia dice: “Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad que hay que ponerle fin”, y destaca que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que las han originado. En definitiva, la Corte deja sentado que ha reconocido constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tantos los efectos de los contratos como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (*Fallos*: 243:467), a fin de proteger el interés público

Urgencia N° 260/2020 (BO 12-3-2020) se amplía la emergencia pública, oportunamente declarada en la Ley N° 27.541⁴ dictada a fines del año pasado, “en materia sanitaria” por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto.

En ese contexto, Argentina dispuso la cuarentena obligatoria, estableciendo para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. En un primer momento se decidió hasta el 31 de marzo de 2020⁵, vigencia que fue prorrogada hasta el 12 de abril de 2020⁶ y luego hasta el 26 de abril de 2020⁷.

En la región, con distintas medidas, se fue declarando el estado de emergencia sanitaria nacional, como podemos observar en Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Ecuador, República Dominicana, Costa Rica, El Salvador, entre otros. En Chile, por ejemplo, se declaró el estado de catástrofe nacional, y en Brasil el Senado lo llamó estado de calamidad pública. Y como consecuencia de la declaración de emergencia y a fin de evitar la propagación del virus, en algunos países se han adoptado medidas de aislamiento social y obligatorio y cierre de fronteras, y en otros, serias restricciones a la circulación de personas y vehículos.

En relación a la actual emergencia pública, cabe destacar que a lo largo de los años se han dictado sucesivas leyes de emergencia⁸ en nuestro país con causa, en general, en razones económicas⁹, incluso sociales, pero la actual ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria sienta un nuevo precedente administrativo.

en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (*Fallos*: 283:76). En estos casos, el gobierno “está facultado para sancionar leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que contiene la Constitución”. “No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado” (*Fallos*: 171:79), toda vez que “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios” (*Fallos*: 238:76).

⁴ La actual ley de emergencia fue sancionada en el actual gobierno el 21 de diciembre de 2019 (BO 23-12-2019). Es la llamada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública (Ley N° 27.541), la que fija su plazo temporal hasta el 31 de diciembre de 2020 y declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Asimismo, delega en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en dicha ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación que establece en su Art. 2°.

⁵ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 (BO 20-3-2020).

⁶ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 325/2020 (BO 31-3-2020).

⁷ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/2020 (BO 11-4-2020).

⁸ En nuestro país, se han dictado medidas y leyes de emergencia a lo largo de los años, generalmente en materia económica. La última de ellas, del año 2002, ha sido prorrogada una y otra vez hasta el 31-12-2017 y en lo que hace a la materia social hasta el 31-12-2019.

⁹ Bianchi analiza si la emergencia económica importa una cuestión política y cita las sentencias más típicas en esta materia: “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, *Fallos*: 136:161 (1934); “Avico c/ De la Pesa”, *Fallos*: 172:21 (1934); “Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*: 199:483 (1944); “Russo c/ Delle Donne”, *Fallos*: 243:467 (1959); “Cine Callao”, *Fallos*: 247:121 (1960); “Fernández Orquín c/ Ripoll”, *Fallos*: 264:416 (1966) y “Peralta c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 313:1513 (1990). Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., T. II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 280-285.

I.1. ¿Qué consecuentes medidas estatales se adoptaron o se pueden adoptar en la relación contractual pública?

En Argentina, el citado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, en un primer momento facultó al Ministerio de Salud¹⁰ como autoridad de aplicación, y en el marco de la emergencia declarada, a efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, *sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Nacional*. Pero establece que en todos los casos deberá procederse a su publicación posterior (cfr. Art. 2º, inc. 6º).

Atento la evolución de la pandemia¹¹, se extendió luego esa facultad a todos los organismos y ministerios del Sector Público Nacional para habilitarlos a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, *sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos*¹².

En dicho marco, se dictó la Decisión Administrativa N° 409/2020 (BO 18-3-2020), que establece los lineamientos generales a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, que se lleven a cabo para atender la emergencia en el marco de lo establecido en el Decreto N° 260/2020¹³.

¹⁰ La Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública N° 27.541, en su Art. 71, había facultado al Ministerio de Salud en las contrataciones que realice en el marco de la emergencia sanitaria a optar, de los medios vigentes de compra y sin perjuicio de la intervención que le compete a la Sindicatura General de la Nación, por alguna de las modalidades que detalla en la misma: a) Los mecanismos previstos en la normativa nacional de contrataciones (Decreto N° 1.023/2001), dándose por acreditada la grave y notoria crisis por la cual atraviesa el sistema de salud argentino; b) La utilización de los recursos del Fondo Rotatorio Regional para Suministros Estratégicos de Salud Pública de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud y cualquier otro procedimiento de adquisiciones que dichas entidades pongan a disposición de sus miembros; c) Otros medios que ofrezcan alternativas a través de organismos internacionales, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales, u otros países.

¹¹ Con el motivo explícito de que la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida social de la población en su conjunto ha demostrado la necesidad de establecer procedimientos de adquisición de bienes y servicios en la emergencia que habilite, a todas las áreas comprometidas en dar respuestas integrales ante la pandemia, a utilizar herramientas que otorguen celeridad y eficacia a la atención de las necesidades que se presenten, sin mengua de la transparencia que debe primar en todo el obrar público.

¹² Por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287/2020 (BO 18-3-2020) se incorporó un nuevo artículo al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 que dispone: “Durante el plazo que dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el Artículo 8º, incisos a) y b) de la Ley N° 24.156, estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones y en el Boletín Oficial. El Jefe de Gabinete de Ministros establecerá los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada” (cfr. Art. 15 ter del DNU N° 260/2020).

¹³ La Oficina Nacional de Contrataciones reglamentó dicho procedimiento en la Disposición N° 48/2020 (BO 30-3-2020).

Asimismo, dicha norma aclara que se limita la utilización del procedimiento que se regula por la Decisión Administrativa N° 409/2020 exclusivamente a las contrataciones de bienes y servicios requeridos en el marco de la emergencia dispuesta por el Decreto N° 260/2020, lo cual deberá ser debidamente fundado en el expediente de la contratación¹⁴; establece cómo se realizará el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en el marco de la emergencia plasmada en el Decreto N° 260/2020¹⁵; y dispone que la Oficina Nacional de Contrataciones dictará las normas aclaratorias, interpretativas y complementarias de la presente medida¹⁶. En consecuencia, la Oficina Nacional de Contrataciones dictó la Disposición N° 48/2020 (BO 30-3-2020) a fin de aprobar el procedimiento complementario al establecido en la Decisión Administrativa N° 409/2020, para las contrataciones de bienes y servicios en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/2020 y su modificatorio, en virtud de la pandemia COVID-19.

Es interesante destacar que la Decisión Administrativa N° 409/2020 establece que los *principios generales* a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección bajo el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia, que se lleven a cabo para atender la emergencia en el marco de lo establecido en el Decreto N° 260/2020, serán los enumerados en el Artículo 3° del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto N° 1.023/2001, es decir, todos los principios generales que regulan las contrataciones públicas: igualdad, concurrencia, publicidad, transparencia, eficiencia de la contratación y razonabilidad del proyecto, y desde ya, la responsabilidad del funcionario público que autorice, gestione o apruebe la contratación.

De acuerdo a lo sucedido recientemente en Argentina, con la noticia de la compra de alimentos con sobreprecios, al día siguiente que salió en las noticias se dictó la Decisión Administrativa N° 472/2020 (BO 8-4-2020) en la que, con el fin de aumentar el control sobre las contrataciones de emergencia en las compras de suministros realizadas por el Estado Nacional en el marco del procedimiento de emergencia regulado por la Decisión Administrativa N° 409/2020, se limitó el valor de compras de las mismas disponiendo que “no podrá en ningún caso abonarse montos superiores a los Precios Máximos establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020 o aquellos que se dispongan en el futuro”¹⁷.

Esta limitación a los *precios máximos* será de aplicación a los procesos de compra regidos por la Decisión Administrativa N° 409/2020 que se encuentren en curso y que a la fecha de vigencia de dicha medida no hubieran sido adjudicados, e instruye a los titulares de los ministerios y de los organismos descentralizados a realizar, en aquellos procesos que no se encontraren concluidos, las diligencias necesarias para que se respeten, en todos los casos, los precios máximos establecidos por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020¹⁸.

¹⁴ Art. 2° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

¹⁵ Art. 3° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

¹⁶ Art. 9° de la Decisión Administrativa N° 409/2020.

¹⁷ Art. 1° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

¹⁸ Art. 2° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

Asimismo, va más allá y dispone: “En todos los procesos de compra alcanzados por la Decisión Administrativa N° 409/2020 en los que se hubiere realizado el acto de adjudicación y hubiera obligaciones de pago pendientes de cumplimiento, también resulta de aplicación la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 100/2020 y, en todos los casos, se procederá a pagar exclusivamente hasta el monto correspondiente a la aplicación de la mencionada Resolución, respetando los precios máximos allí previstos”¹⁹.

Respecto a los plazos administrativos, el Decreto N° 298/2020 (BO 20-3-2020), con el fin de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados, suspendió el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N° 1.759/1972 - T.O. 2017 y por otros procedimientos especiales, a partir de la publicación de este decreto y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan²⁰.

Esta *suspensión del curso de los plazos* en los procedimientos administrativos y especiales, encuentra dos excepciones: 1) todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 y sus normas modificatorias y complementarias; 2) las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y sus modificatorias se encuentran facultados a disponer excepciones, en el ámbito de sus competencias, a la suspensión en el Decreto N° 298/2020²¹.

A efectos de encuadrar todos los trámites administrativos correspondientes a la primera excepción, se deben tener presentes todas las excepciones del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, que se efectuaron a las personas afectadas a las *actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia* (siendo que sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios) que fueron dispuestas por el Artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, ampliadas por sucesivas normas²².

¹⁹ Art. 3° de la Decisión Administrativa N° 472/2020.

²⁰ Posteriormente, primero por el Decreto N° 327/2020 (BO 31-3-2020) y luego por el Decreto N° 372/2020 (BO 14-4-2020), se prorrogó la suspensión del curso de los plazos dispuesta por el Decreto N° 298/2020, desde el 1° al 12 de abril y desde el 13 al 26 de abril de 2020, inclusive, respectivamente, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.

²¹ Arts. 2° y 3° del Decreto N° 298/2020.

²² Decisiones Administrativas N° 429/2020 (BO 20-3-2020), N° 450/2020 (BO 3-4-2020), N° 467/2020 (BO 7-4-2020), N° 468/2020 (BO 7-4-2020) y N° 490/2020 (BO 11-4-2020). Ver, asimismo, la Resolución N° 80/2020 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (BO 20-3-2020).

I.2. Con toda esta normativa nacional, ¿qué lineamientos mínimos podrían adoptar los gobiernos provinciales y municipales, incluso de otros países, para regular las compras por emergencia ante esta pandemia?

1) *Expediente*: Dejarse registro de todo lo actuado; desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, deberá quedar vinculado al expediente que se genere para tramitar el procedimiento. En tal sentido, se deberán agregar todos los documentos, correos electrónicos, actuaciones administrativas, informes, dictámenes y todo otro dato o antecedente relacionado con la cuestión tratada, originados a solicitud de parte interesada o de oficio y ordenados cronológicamente.

2) *Procedimiento de selección*:

- a) habilitar los medios necesarios para realizar todo a través de medios digitales;
- b) invitar a un mínimo de tres (3) proveedores del rubro correspondiente;
- c) podrán presentar ofertas quienes no hubiesen sido invitados a participar;

d) de acuerdo a cada legislación, procurar requerir al organismo correspondiente el “precio testigo” o “valor de referencia”. En caso de que la autoridad competente decida la adjudicación por un precio mayor al informado, deberá incluir en el acto administrativo aprobatorio los motivos debidamente fundados que aconsejan continuar con el trámite no obstante el mayor valor sobre el precio informado;

e) limitar la compra a los “precios máximos” establecidos previamente por el organismo que ejerza funciones de una Secretaría de Comercio Interior;

f) acto de adjudicación (previo dictamen del Servicio Jurídico cuando la legislación local así lo prevea para la emisión de actos administrativos);

g) emisión de orden de compra comunicada al domicilio electrónico consignado en la oferta.

3) *Ejecución*: Notificada la Orden de Compra se dará intervención a la Comisión de Recepción. Se podrá crear una comisión de recepción para cada procedimiento en particular en el acto administrativo de conclusión del procedimiento, o bien, podrá tomar intervención la Comisión de Recepción del organismo contratante.

4) *Publicidad posterior*: En todos los casos deberá procederse a la publicación del acto administrativo de conclusión del procedimiento en la página web donde se difundan habitualmente las contrataciones locales, dentro de los diez (10) días de notificado.

5) *Control ex post*: Deben procurarse los mecanismos para dar intervención a las Unidades de Auditoría Interna de cada jurisdicción.

Poder Ciudadano, con el título “La emergencia no es excusa para la transparencia. Riesgos de corrupción y medidas de integridad en contrataciones públicas en la emergencia COVID-19”, expone: “[...] frente a la crisis sanitaria producto de la pandemia de virus COVID-19 se vuelve más urgente asegurar que las compras y contrataciones directas de los Estados no sean desviadas por la corrupción y el oportunismo, sino que cumplan

los objetivos de aliviar los impactos en la salud de los ciudadanos y las economías locales de forma íntegra [...]”²³.

En dicho contexto, difunde un análisis sobre los riesgos de corrupción y estrategias preventivas con recomendaciones para el sector público y privado, sosteniendo que es esencial que la transparencia, la apertura y la integridad se mantengan y refuercen las compras y contrataciones públicas durante la emergencia declarada en nuestros países, y presenta estas líneas estratégicas para que los gobiernos compren bien en tiempos de emergencia sanitaria: máxima publicidad en la información sobre compras gubernamentales vinculadas con la emergencia; activación de las agencias nacionales antimonopolio para evitar colusión entre actores económicos o prácticas que resulten en la especulación de los precios; activar auditorías en tiempo real para los procesos de contratación pública, precisamente por la naturaleza excepcional de la situación y la magnitud de la emergencia; concentración en una sola plataforma de toda la información relativa a las contrataciones gubernamentales en este tema o generando identificadores en las plataformas electrónicas de contratación pública; la emergencia no es justificación para evitar una apropiada rendición de cuentas.

II. ALTERNATIVAS PARA SUPERAR EL DESEQUILIBRIO O PARALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

II.1. Alternativa propuesta en la emergencia de la pandemia: sacrificio compartido

Partiendo de la base de dos principios fundamentales, el principio de ejecución de los contratos –los contratos se celebran para ser cumplidos y respetados– y el principio de buena fe²⁴, atento que nos encontramos ante una grave crisis que afecta prácticamente a todos los sectores, consideramos que como regla general en países como Argentina, en los que no se ha suspendido la ejecución de los contratos de obra, y por tanto los contratistas deberán continuar con la ejecución contractual, la alternativa para superar el desequilibrio o paralización de los contratos administrativos la podemos encontrar en el principio del “sacrificio compartido”.

Porque ya sea que se trate de la imposibilidad de conseguir los materiales, aumento en los costos o que existan causales esgrimidas por el contratista relativas al atraso en el pago de certificados de obra y el presunto desequilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, ello no justifica la paralización y el posterior abandono de la obra²⁵.

²³ Ver <http://poderciudadano.org/la-emergencia-no-es-excusa-para-la-transparencia-riesgos-de-corrupcion-y-medidas-de-integridad-en-contrataciones-publicas-en-la-emergencia-de-covid-19/>.

²⁴ La Corte es constante en su doctrina de que “Todo contrato –sea cual fuere su naturaleza– debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público”. CSJN, “YPF c/ Pcia. de Corrientes” (3-3-1992).

²⁵ En primer lugar, porque tales incidencias integran el alea del contrato administrativo de obra pública y corresponden a la órbita del riesgo empresario que la firma asume como propio, al cotizar por la ejecución

Se espera del contratista del Estado una diligencia mayor a la de un buen hombre de negocios. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado: “No puede soslayarse que quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.”²⁶.

En general, la jurisprudencia argentina sostiene: “La *exceptio non adimpleti contractus* no resulta aplicable en materia de contratos administrativos. El incumplimiento de la Administración no autoriza similar comportamiento al particular contratista²⁷ [...]. Solamente le asiste el derecho a requerir la rescisión, pero sin interrumpir unilateralmente los trabajos. Ello por cuanto la obligación del contratista en materia de obras públicas es de las llamadas de resultado y el comitente tiene la pretensión de obtener la obra completa, exenta de vicios; su prestación es de naturaleza indivisible y como tal no puede cumplirse sino por entero”²⁸. “El contratista no puede abandonar las obras, ni aún en el supuesto más extremo puede rescindir *per se* el contrato, sino que solamente se encuentra autorizado a requerir la rescisión, y ante su negativa o silencio, recién puede requerirla judicialmente”²⁹.

de una obra, sujeta como se sabe a un régimen normativo exorbitante del derecho privado. Desde esta óptica, es evidente que la empresa tiene el derecho de cotizar con entera libertad los precios que, en función de sus proyecciones sobre los vaivenes de la economía y los cálculos de rentabilidad, le permitan competir en condiciones de igualdad con otras ofertas para la concreción de un emprendimiento. Se trata de una decisión puramente empresaria, basada en la previsibilidad de sus propios cálculos y el riesgo empresario que implica ofertar una propuesta en condiciones de competitividad. Por ello, cuando el contratista estima su precio, lo hace siempre teniendo en cuenta la situación económica financiera existente en el momento de celebrar el contrato. En ese orden de premisas, una vez que la firma realiza su propuesta, está aceptando bajo su propio riesgo un régimen normativo que le impone cláusulas exorbitantes, basadas en la necesidad de proteger el interés público comprometido en la realización de la obra, y cuya existencia no puede válidamente desconocer. Asesoría General de Gobierno, La Plata, Expediente 4055-121/17, ver https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=19399&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=19/06/2017&indice=ninguno&suple=Administrativo.

²⁶ *Dictámenes*: 278:133. Dict. N° 134/2011, 18 de agosto de 2011. Expte. N° S04:0014415/11.

²⁷ Configura un principio inconcuso en materia de obras públicas que frente a lo que se considera un incumplimiento contractual de la Administración, el contratista no puede rescindir *per se* el contrato y abandonar las obras.

²⁸ SCBA, autos “Empresa P.B.P. y Coimbra S.R.L. v. Municipalidad de Vicente López s/ Demanda contencioso administrativa”, de fecha 21-5-2000.

²⁹ SCBA, B 48813 S 9-4-1991, “Luis R. Borian y Cía. SACIFIC c/ Municipalidad de Pila s/ Demanda contencioso administrativa”.

Ahora bien, no por ello el contratista debe asumir riesgos anormales o extraordinarios, de tal entidad que afecten la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener la ganancia contractualmente prevista a su favor.

En general, a modo de resumen, ya que excede el objeto del presente trabajo, el equilibrio económico o financiero del contrato estatal se puede afectar por las siguientes circunstancias, cada una de las cuales encuentra un instituto diferente como respuesta estatal:

- Por el incumplimiento de la entidad estatal contratante.	“exceptio non adimpleti contractus”
- Por el ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la entidad estatal contratante.	“ius variandi”
- Por actos de la entidad estatal contratante.	Teoría del Hecho de la Administración
- Por actos del Estado.	Teoría del Hecho del Príncipe
- Por la ocurrencia de hechos imprevistos y extraordinarios.	Teoría de la Imprevisión ³⁰
- Por caso fortuito o fuerza mayor.	Hechos de carácter natural
- Por una emergencia pública, que no sea económica.	Sacrificio compartido

En cuanto al origen del principio del “sacrificio compartido”, se trata de una noción que no proviene “del derecho romano, de las 7 partidas o siquiera del derecho patrio [...]”; la mención a este ‘principio’ aparece recién en el año 1989 a partir del dictado de la Ley N° 23.696 [...] La norma presenta al sacrificio compartido en la escena de los contratos administrativos en crisis, como consecuencia de la hiperinflación, el desbalance de las cuentas públicas, el agotamiento del ‘modelo’ de endeudamiento en el exterior”³¹.

³⁰ Teoría de la Imprevisión. Esta es la denominación que han consagrado los autores más modernos; tiene su origen en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, específicamente en el *arret* del 30 de mayo de 1916, a favor de la Compañía de Gas Burdeos, donde “se declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes en el momento del otorgamiento del contrato” (Cardini, Osvaldo, *Lesión sobreviniente*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1959, p. 27). Con ella se resalta el elemento imprevisible que afecta al acontecimiento extraordinario que sobreviene. Es requisito primordial que los acontecimientos extraordinarios, que alteran las circunstancias bajo las cuales se contrató, sean imprevisibles, es decir, que las partes, en el momento de formarse el contrato, no hayan tenido ni hayan podido tener conocimiento de ellos.

³¹ Mabromata, Enrique Guillermo, “Sacrificio compartido: ¿nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?”, en el Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina *La Ley*, *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, mayo 2004, pp. 136-152. Mabromata cita en este punto a Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Grecco, Carlos M., *Reforma del Estado-Ley N° 23.696*, Santa Fe, 1990, p. 21.

Este principio vuelve a receptarse en el año 2000 en la Ley N° 25.344, también denominada de emergencia económico-financiera, “la que reitera dicho principio nunca enunciado ni definido legislativamente”³². Su Artículo 3° disponía: “La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes. Estos acuerdos deberán ser aprobados por la autoridad competente en razón de la materia y deberán contemplar las siguientes condiciones mínimas: [...]”.

Por su parte, la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional³³, si bien no de un modo específico sobre el principio del “sacrificio compartido”, se ha referido al mismo en algunos de sus pronunciamientos legales, v. gr., en materia de prórrogas de contratos y de incrementos del contrato administrativo como consecuencia del aumento salarial por paritarias. Incluso en un pronunciamiento en el que se expidió sobre el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera, a la prohibición de incluir en los pliegos mecanismos de actualización de precios y a la teoría de la imprevisión, sostuvo: “El principio del sacrificio compartido contiene una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno sólo de los cocontratantes”³⁴.

En relación a las prórrogas de los contratos, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que, en caso de no arribar las partes a un acuerdo, la Administración no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades al contratista por haber rechazado la propuesta. Esta última es, precisamente, una garantía en favor del cocontratante estatal. En la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones y a la luz del principio de razonabilidad, entendió que, en el supuesto en que el organismo girante efectúe al proveedor una propuesta de adecuación de los precios del contrato, la misma deberá calcularse bajo el *principio de sacrificio compartido*, por cuanto resulta contrario a la equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los cocontratantes³⁵.

³² Mabromata, *op. cit.*, p. 141.

³³ Cfr. Arts. 25, 27 y 28 del Decreto N° 1.545/1994 (BO 2-9-1994) y Art. 23 del Decreto Delegado N° 1.023/2001 (BO 16-8-2001).

³⁴ Dictamen ONC N° 36/2014.

³⁵ Fernández Villa, Bárbara, “Ejecución del contrato administrativo en el marco de los Decretos Nros. 1.023/2001 y 1.030/2016. Guía para las Comisiones de Recepción y para el pago de facturas. Circunstancias accidentales. Doctrina de la Oficina Nacional de Contrataciones”, *el Dial.com*, elDial DC226C. *Dictámenes* ONC N° 74/2014 (v. en sentido concordante: *Dictámenes* ONC N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012, 1.051/2012, N° 176/2013, N° 446/2013 y N° 36/2014) y N° 453/2014 (v. *Dictámenes* ONC N° 411/2008, N° 502/2009, N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012 y N° 1.051/2012).

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse –en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida– en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el entonces Artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contratos administrativos por analogía (v. *Dictámenes* ONC Nros. 1.048/2012, 1.049/2012, 1.050/2012 y 1.051/2012)³⁶. Y en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el *principio de sacrificio compartido* y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva³⁷.

Ahora bien, consideramos viable la aplicación del principio del “sacrificio compartido” a los contratos administrativos ante una situación de emergencia pública declarada legalmente, tal como adelantáramos al inicio de este punto, cumplimentando los siguientes requisitos:

a) que no se trate de una emergencia económica, ya que en dicho supuesto podría considerarse a este principio como un instrumento dilatorio para no cumplir con los compromisos de pago adquiridos por el Estado al celebrar diversos contratos de obra pública vigentes y en curso de ejecución al momento de declararse la emergencia³⁸;

³⁶ Fernández Villa, *op. cit.* “[...] Para que resulte viable la aplicación de esta disposición se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión. Conforme lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación, para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (*Dictámenes*: PTN 301:525, 319:1681). En dicho contexto, el Órgano Rector entendió que podrán renegociarse los contratos en curso de ejecución siempre que se verifiquen los siguientes puntos: 1) La firma adjudicataria deberá acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Se deberá determinar que las consecuencias de dicho convenio o acuerdo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar su alteración o la ruptura de la ecuación económico-financiera; 3) Por último, se deberá verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado (*Dictamen* de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 266/2007). La firma interesada deberá acreditar que las consecuencias derivadas de la homologación del nuevo Convenio Colectivo de Trabajo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar la ruptura de la ecuación económico-financiera del mismo. Se requiere la presentación de una descripción del impacto producido por la citada medida, con una explicación circunstanciada de la afectación que la misma haya tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor. A tal fin, le corresponderá al cocontratante acompañar la documentación necesaria que permita tener por probada la afectación que invoca. Además, corresponde a las áreas pertinentes del organismo determinar si las circunstancias o hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato. En consecuencia, deberá incorporarse a las actuaciones un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo –hasta el monto que corresponda– al reclamo formulado por la firma adjudicataria [...]”.

³⁷ Fernández Villa, *op. cit.* *Dictámenes* ONC N° 446/2013 (v. *Dictámenes* ONC N° 411/2008, N° 502/2009, N° 1.048/2012, N° 1.049/2012, N° 1.050/2012 y N° 1.051/2012), N° 36/2014.

³⁸ Mabromata, *op. cit.*, p. 145.

- b) siempre que se pueda continuar con la ejecución del contrato, es decir, se acordaría en la etapa de renegociación, a efectos de continuar con el contrato y evitar la rescisión;
- c) otorgando a la empresa la opción de reprogramar los plazos de cumplimiento de la prestación;
- d) en un marco de transparencia y dando intervención a los organismos de control³⁹.

II.2. Comité de Gestión de Crisis o de Renegociación de Contratos

Otra alternativa podría ser crear en cada organismo o jurisdicción un Comité de Gestión de Crisis o de Renegociación de los Contratos, que pueda revisar los contratos y asimismo evaluar en cada caso las solicitudes que efectúen los contratistas. El fin principal consistiría en analizar los contratos, identificarlos y clasificarlos según el impacto que haya provocado la crisis en su EEF, elaborando una planilla gerencial y una matriz de riesgo, para priorizar la toma de decisiones y evaluar en concreto qué alternativa resulta más beneficiosa para las partes, buscando previsibilidad en los procedimientos a aplicar. En este sentido, el Comité, a partir del análisis realizado, podría concluir en dos alternativas posibles, a saber:

1. La revisión y renegociación de los contratos, las que deberían estar supervisadas por representantes de las cámaras del rubro de la actividad, expertos en materia contractual, ONGs y los Organismos de Control.
2. O bien, de no ser posible continuar con la ejecución del contrato, su rescisión sin culpa de la contratista y eximiéndola de todo tipo de penalidades, fomentando de esta manera la solidaridad en este contexto crítico extraordinario.

II.3. Suspensión de los plazos

Otra alternativa sería evaluar si resulta prudente disponer la suspensión de los plazos para entregar los bienes, prestar el servicio o construir la obra, hasta tanto dure la situación de aislamiento (aunque esté exceptuado para la obra pública) o crisis sanitaria. En primer lugar, hay que aclarar que suspender los plazos de entrega, prestación o construcción del contrato no implica la suspensión del plazo del contrato en su totalidad, ni mucho menos el contrato en sí mismo, que puede seguir ejecutándose en otras obligaciones. En consecuencia, deberá evaluarse qué opción es la más acertada y la posibilidad de prorrogar el plazo final del contrato.

El *quid* de la cuestión transita por saber quién se hará cargo de los mayores costos que seguramente se generen por la suspensión de los plazos del contrato, lo que generará inevitablemente un retraso o una mora en el resultado final y dependerá de quién haya

³⁹ Mabromata, *op. cit.*, p. 152. Los organismos de control deberán extremar sus requerimientos de información y supervisión erigiéndose como celosos custodios del cumplimiento de lo que se convenga y el no apartamiento de las reglas de una renegociación que debiera ser ejemplar.

ocasionado la mora o, en tal caso, si entendemos que fue generado por un factor externo a las partes, la aplicación del sacrificio compartido.

II.4. Novación de los contratos administrativos (beneficio compartido)

Otra solución posible alternativa podría ser una reconducción del contrato administrativo a través de la habilitación legal de la transformación del objeto contractual o de sus cualidades sustanciales. Es decir, desde las prestaciones básicas a sus modalidades en la forma de la ejecución.

Entendemos que esta crisis mundial generó una situación fáctica sin precedentes, por lo que, tal vez, se necesite un cambio de paradigma en los institutos ya conocidos. En este sentido es que se propone la construcción de un nuevo instituto dentro del derecho administrativo que podríamos denominar “La Novación del Contrato Administrativo”.

La *crisis* se define como un “cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en la que estos son apreciados” (Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/crisis>).

Las crisis modifican las circunstancias. Lo que era estable y estático se vuelve variable y dinámico, y viceversa; lo que obliga al Estado a tomar medidas excepcionales. En consecuencia, lo que se evaluaba de una forma no puede seguir considerándose con los mismos parámetros. La Administración Pública está construida jurídicamente para ser un instrumento de toma de decisiones constante y eficientes a través de la evaluación permanente y dinámica de las circunstancias imperantes. A tal punto, que no evaluar las condiciones adecuadas puede ocasionar tanto perjuicio como la no consecución del interés general.

El derecho administrativo, a lo largo de las diferentes crisis, ha fortalecido el rol de la Administración Pública con diferentes institutos jurídicos que cumplen con los imperativos sociales.

El contrato administrativo es el instrumento por el cual la Administración Pública manifiesta su plan de gestión. Construye una obra o brinda servicio en beneficio de la comunidad.

Pero esta acción no necesita una ganancia o beneficio que redunde a sus arcas. Y esta gran particularidad –que acompaña a la mayoría de sus decisiones o así debería hacerlo– es una situación superadora que la aparta de las limitaciones que tiene una empresa del derecho privado; cuyas decisiones siempre están sujetas a un equilibrio esencial: las ganancias deben ser superiores a las pérdidas.

Por lo cual, la fuerza de contratación del Estado difícilmente sea superable. Y es lo que la convierte en una herramienta única para el cumplimiento final de la sociedad.

Cuando las crisis ocasionan un cambio de circunstancias, el Estado debe tomar las medidas necesarias para lidiar con ellas. Es por ello que podemos afirmar: “No se buscan fines sin emplear los medios de obtenerlos; y para obtenerlos, seria y eficazmente, es menester que los medios correspondan a los fines” (Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*).

Reconducir los contratos para que se transformen en algo necesario para la población es una obligación de la Administración Pública. Las crisis ocasionan un cambio de circunstancias. Dichos extremos fácticos inciden en forma directa en el contrato, habilitando la modificación razonable, aunque excepcional, de sus cláusulas primigenias, a fin de adecuar su espíritu a las nuevas condiciones dadas.

En este sentido, repetimos, es que se propone la construcción de un nuevo instituto dentro del derecho administrativo, “La Novación del Contrato y el Beneficio Compartido”.

La Novación del Contrato Administrativo puede ser el instituto jurídico excepcional que permita la reconducción o transformación de las obligaciones del contrato para los fines inmediatos de una emergencia social, dando origen a nuevas obligaciones dentro del acuerdo.

Un ejemplo podría versar sobre la reconducción del objeto contractual, sin alteración de la naturaleza propia del contrato. Ello así, a una empresa que provee un servicio de limpieza en oficinas de edificios públicos, se le encomienda continuar con la tarea en establecimientos sanitarios, con las modificaciones en los términos y en los alcances requeridos en función de las especificaciones de la nueva necesidad suscitada.

La utilización de este instituto redundaría en un beneficio directo, no solo para la Administración Pública, quien podría en forma eficaz reconducir un contrato a la nueva necesidad sin desaprovechar los procedimientos de selección y las instancias de ejecución en suspensiones o paralizaciones ineficientes, sino también para con el adjudicatario, quien podría continuar prestando el servicio sin verse alterada sustancialmente su ecuación económico financiera.

Ello así, este instituto viene a unificar los intereses de las dos partes, generando así un doble beneficio (*Beneficio Compartido*).

Este instituto podríamos implementarlo de acuerdo a las siguientes evaluaciones de razonabilidad:

1) *Subjetiva*: El contratista debe contar con una idoneidad razonable para las nuevas obligaciones. No puede cambiar su estructura societaria sustancialmente para el cumplimiento del contrato novado. Por ejemplo, no debería cambiar en más de un 50 % su organización operativa y social, su personal o sus activos.

2) *Objetiva*: La ecuación económico financiera debe conservar su identidad de tal manera de resultar intercambiable cuando se proceda a la novación del objeto. Así, cuando se proceda a la descripción económica (ítems, reglones, etc.) debe reconocerse la identidad entre las obligaciones intercambiadas sin que se genere una alteración sustancial.

3) *Ecuación del Beneficio Compartido (Test Esencial de Razonabilidad)*: La novación del contrato tiene que redundar en un beneficio directo para el interés general afectado por la crisis y no generar un perjuicio para el contratista. Es decir, una relación directa con la emergencia. Y por otra parte y en forma coligada, el beneficio de la empresa debe conservarse bajo esta operación. Ambas partes coinciden y conservan su beneficio.

III. EL PODER DE COMPRA DEL ESTADO COMO ELEMENTO PARA REVITALIZAR LA ECONOMÍA A FUTURO

No hay duda de que los tiempos actuales nos llevan a plantearnos cuál es el rol que debe tomar el Estado en el escenario de emergencia con los contratos administrativos. Son muchos los retos que se plantean; deberán tomarse medidas y decisiones aparte de las ya tomadas para morigerar el impacto de la crisis sanitaria en la ejecución de los contratos, siempre teniendo en cuenta que las medidas llevadas a cabo en situación de emergencia deberán, en principio por su esencia, ser temporales.

Conforme surge del informe elaborado por la OCDE⁴⁰, “Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020”, la Argentina tuvo en el año 2018 “[...] el gasto gubernamental más alto en la región de ALC (38,9 % del PIB), en comparación con un promedio regional de 31,2 % y no muy lejos del promedio de la OCDE de 40,3 %”⁴¹. De los cuales, un 12 % de ese gasto estaría orientado hacia la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración⁴².

Podemos afirmar, entonces, que la figura del contrato administrativo constituye un instrumento fundamental para satisfacer el interés público o bien común⁴³, en particular, el contrato de obra pública; ya sea en la construcción de rutas, calles, plazas, puentes, hospitales, escuelas, aeropuertos, etc. Pero también las instituciones públicas conforman un bloque amplio de consumidores en el mercado, con un importante peso económico, cuando para el cumplimiento de su propio cometido, compran equipos informáticos, resmas de papel, mobiliario, indumentaria, artículos de limpieza, entre otros.

El Estado debe utilizar ese poder de compra para revitalizar la economía; así, por medio de la compra pública no sólo se satisface la necesidad del Estado sino también se crean fuentes de trabajo, se genera producción y actividad en las medianas y pequeñas empresas. Deberán maximizarse los recursos públicos mediante la asignación en los sectores estratégicos y relevantes para el desarrollo económico, social y ambiental, sin descuidar la transparencia⁴⁴.

La transparencia no puede verse afectada por la situación de crisis; por el contrario, en estos momentos resulta imprescindible. El ciudadano no debe ser un mero espectador, debe tener acceso a la información y toma de decisiones, participar y controlar.

⁴⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

⁴¹ Ver <https://www.oecd.org/>.

⁴² Ver www.argentina.gob.ar.

⁴³ Ampliar en Barra, Rodolfo C., *Derecho Administrativo, Acto administrativo y Reglamento*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, pp. 235-238.

⁴⁴ Tal vez podamos hablar de dos escenarios: el actual, al cual podemos denominar contrataciones en situación de emergencia sanitaria, y un posterior escenario contractual post-COVID-19. En el primero los recursos estarán puestos en satisfacer las necesidades sanitarias, insumos, bienes y servicios para combatir los efectos de la pandemia. Pero al mismo tiempo elaborando los documentos licitatorios para las futuras contrataciones, teniendo en cuenta estratégicamente qué sectores de la economía deben priorizarse. Ya en el segundo, la implementación como política pública de la contratación sustentable.

En este sentido, la Administración debe continuar en el camino de la implementación y desarrollo de las compras públicas sustentables, como política pública, contribuyendo a garantizar procesos de crecimiento con mejores niveles y/o calidad de vida para las generaciones actuales y futuras.

En este contexto social, es necesario seguir profundizando en el diálogo y el accionar conjunto de los sectores público y privado en pos de lograr compras públicas cada vez más transparentes, eficientes, inclusivas y protectoras del medio ambiente.

**PROPUESTA DE MODIFICACIONES PUNTUALES
A LA LEY DE CONCURSOS COMO
CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA.
EL SEGUNDO CONCURSO PREVENTIVO**

CARLOS GÓMEZ RINCÓN,
ENRIQUE I. VIDAL,
REBECA DAHER*

El coronavirus, la pandemia y su consecuente cuarentena agravaron sustancialmente la crisis económica y social de nuestro país, lo que nos impone a repensar respecto de ciertos institutos que tienen íntima vinculación con la realidad que vivimos; uno de ellos es el derecho concursal.

El estudio de cualquier realidad conlleva una serie de presuposiciones previas, acerca de esa realidad.

Este trabajo tiene por fin dejar de lado las máximas, los paradigmas y/o los principios rectores de la materia, toda vez que el fenómeno que nos azota nos impone la creación de nuevas propuestas.

Para un mejor entendimiento de lo que se propone, partimos de la elemental definición de que el proceso concursal ha sido creado en el mundo para salvar los emprendimientos o las empresas que se encuentran inmersos en una crisis económica, que de alguna forma puede ser superada, evitando la quiebra que implica la venta forzada y el remate de los bienes que componen el patrimonio de esos emprendimientos o empresas.

* Abogados, Cátedra Derecho Concursal. UCASAL.

Con la venta-remate de los bienes de propiedad del fallido, desaparece en la sociedad una fuente elemental de producción, de mayor o menor envergadura, empero que, para la sociedad en su conjunto y para el Estado mismo, es de mayúscula importancia.

Para la sociedad lo es, porque sin producción o riqueza no habrá progreso; y para el Estado, también lo es, por cuanto sin el aporte privado este no podrá existir.

Nada es mágico, la riqueza no emerge de imprimir la moneda, sino del trabajo, de la producción.

Interpretamos, entonces, que este criterio tiene la aceptación unánime de todo lector, en el sentido de que, para hacer ello posible, corresponde apoyar y sustentar los emprendimientos y/o las empresas, reiteramos, de cualquier envergadura que ello se trate, por cuanto si no hay trabajo no hay prosperidad y sin prosperidad tampoco hay familia y educación, objetivo definitivo del ser humano y de los Estados.

Así, deviene imprescindible la conservación del trabajo, como empleador generador del mismo, o como empleado imprescindible para la consecución de la actividad.

Consecuente con lo expresado, la actividad privada debe ser “protegida”, debe estar “amparada” por las autoridades Estatales, porque sin ella no habrá una sociedad organizada.

Toda esta introducción es para justificar alguna reforma que interpretamos se debe producir en nuestra ley concursal.

El Artículo 59 *in fine* expresa: “[...] el deudor no podrá presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta después de transcurrido el plazo de un año contado a partir de la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo”.

En otras palabras, aquellos concursados que se encuentran en procesos preventivos, o en pleno cumplimiento de sus acuerdos preventivos aprobados judicialmente, o a punto de concluir con sus pagos concordatarios, o incluso habiendo pagado la totalidad de su deuda concursal, pero dentro del año de inhibición previsto por la normativa, están impedidos de solicitar la formación de un nuevo concurso preventivo, y si ello *no resulta posible por una imposición legal vigente*, solo cabe la quiebra directa por deuda post-concursal; lo que implica la venta-remate del patrimonio de ese emprendimiento o empresa, y por ende, la inevitable pérdida de una fuente generadora de trabajo y consecuente caos social, cuando ello acontece en masa.

Nuestra posición reformista se sustenta precisamente en que la parte transcripta correspondiente al Artículo 59 debe ser eliminada o modificada, de manera tal que no sea la propia ley, en este contexto sanitario, socioeconómico, la causante de la muerte del emprendimiento o la empresa, hemos dicho, imprescindibles.

El fin de la ley concursal es la preservación de la empresa; sin embargo, sería la propia ley la que se constituye en el primer obstáculo de su salvación y el emprendimiento o empresa caería inevitablemente en quiebra, *solo por una imposición legal que, al momento de su redacción, estuvo inspirada en evitar conductas abusivas por parte del deudor y a favor de acreedores actuantes de buena fe.*

En efecto, si nos remitimos a los fundamentos que dieron lugar a esta “prohibición legal” vemos allí que la doctrina los ha considerado como de “excesivamente rigurosos” ya que incluso en la experiencia del régimen anterior “no ha sido usual la utilización abusiva del régimen preventivo”¹.

Esta es la situación fáctico jurídica en la que, una vez concluida esta inesperada feria judicial provocada por la pandemia, se encontrarán una serie de emprendimientos y/o empresas, y que por disposición de la ley concursal actual estarán impedidos de solicitar la formación de un nuevo concurso preventivo.

En efecto, el Artículo 104 *in fine* señala las reglas a seguir por las deudas contraídas por un individuo luego de que le hayan decretado su quiebra y que estas deudas provengan de la actividad que pudo el fallido desempeñar durante su inhabilitación.

La actividad del individuo posterior al dictado de su quiebra, si bien es restringida, igualmente puede abarcar la realización de algunos trabajos –artesanales, profesionales, oficios, empleos–; lo cierto es que, en el desempeño de esta actividad limitada, pueden ellos contraer deudas y en caso de no pagarlas, pueden dar lugar a que se les peticione la quiebra, y es así como nace la denominada “segunda quiebra”, que tramita en forma simultánea, que ocasiona un segundo patrimonio, distinguiéndose el patrimonio del fallido primitivo, con el del segundo, es decir, con los bienes que pudo haber adquirido después de la primera quiebra.

El primer patrimonio es obvio que resguarda a los acreedores admitidos en ese primer proceso falimentario y nada más que a ellos.

El segundo patrimonio, que estará constituido por los bienes adquiridos con posterioridad a su estado de inhabilitación, con más el saldo que pudo existir de la primera quiebra –lo que no acontece normalmente toda vez que incluye el pago de los intereses de la deuda primitiva–, es lo que resguarda a los acreedores post-falenciales de la primera quiebra.

La distinción de los patrimonios es de estricta justicia por cuanto los acreedores, previo al otorgamiento de un crédito, lo primero que observan es el patrimonio del deudor, por cuanto, y en definitiva, es la prenda común de todos ellos frente al eventual incumplimiento.

Es que el otorgamiento o no de un crédito está íntimamente unido a la magnitud del patrimonio de quien lo solicita, en razón de que mientras más grande sea, mayor será la posibilidad de cobro.

En otras palabras, con el “segundo concurso preventivo” que se ofrece y propone como reforma a la ley, ningún acreedor podrá sentirse afectado, ya que en nada interfiere en su posibilidad o alcance de cobro. Si no va a un “segundo concurso preventivo”, deberá concurrir a una “segunda quiebra”.

¹ Favier Dubois, Eduardo, *Concursos y Quiebras, Ley N° 24.522*, Buenos Aires, Errepar, 2012; Iglesia, José, *Concursos. Las Reformas a la Ley*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 66.

Nuestra propuesta es con el solo fin de aportar en lo que consideramos oportuno modificar en la ley; en este caso, con la creación de un nuevo instituto concursal, cual sería el “segundo concurso preventivo”.

En Argentina, donde acarreamos desde siempre una crisis tras la otra, *nos encontraremos en la post-pandemia con una serie de empresas concursadas, o que se encuentran en el período de pago de sus acuerdos concordatarios, o que, incluso, hayan ya cumplido íntegramente con sus pagos, o que se encuentren en el llamado período de inhibición, ninguna de ellas podrá solicitar un nuevo y segundo concurso preventivo.*

Si la ley imposibilita recurrir a esta herramienta legal –“segundo concurso preventivo”–, no contamos entonces con el remedio legal que proteja el emprendimiento o la empresa.

Que sea la ley la que lleva a una inexorable liquidación de una fuente de trabajo desde luego que constituye un disparate, un fin no pretendido; por cuanto el concursamiento tal cual lo hemos estudiado posee un inequívoco fin de protección a la empresa o emprendimiento.

Congruente con lo expresado proponemos la posibilidad jurídica de una reforma que autorice un “segundo concurso preventivo”, con patrimonios separados de igual forma que en la segunda quiebra, de manera tal que ningún acreedor pueda sentir afectados sus derechos al cobro de su crédito, el cual fue otorgado a un deudor que tenía afectado su patrimonio a las resultas de un primer concurso preventivo y eventual quiebra.

La crisis en la que nos introduce el coronavirus nos obliga apartarnos de ciertos dogmas, de ciertos principios, so pena de contrariar la realidad.

Las modificaciones efectuadas con anterioridad a esta la Ley de Concurso N° 24.522 nos enseñan que nada es definitivo y que, con la justa motivación, sin agredir derechos de terceros, *resulta plausible un cambio.*

Las reformas a las leyes de concursos y quiebras anteriores, tal cual hemos visto, corroboran nuestra posición reformista toda vez que, con anterioridad, las leyes concursales fueron modificadas en aspectos mucho más relevantes, agrediendo incluso principios fundamentales del derecho concursal.

El Fuero de Atracción, que imponía a todos los acreedores suspender sus juicios y concurrir a hacer valer sus derechos en el proceso concursal, quedó prácticamente sin efecto, habida cuenta de que los juicios de conocimiento en trámite pueden ahora continuar en sus juzgados de origen; al igual que los juicios laborales, que tampoco se suspenden y continúan en sus fueros ordinarios. En el primer caso, se justificó en el hecho de que en los juzgados donde tramita un concurso preventivo o quiebra, este tipo de juicios no podía continuar por falta de estructura suficiente, por encontrarse colapsados, y porque el trámite de proceso de verificación –lo que hasta entonces era suficiente– no respetaba el derecho amplio de defensa y podía alterar ciertos derechos solo posibles de probar en un juicio de conocimiento amplio; esto es, con la producción de cuantiosa prueba que el proceso ordinario posibilita para la acreditación de la verdad real. Ello fue solo una justificación que carece de mayor sustento, pero no es ésta la oportunidad de ahondar.

Por su parte, los acreedores laborales también lograron escapar al proceso concursal y continuar sus juicios en su sede natural.

También, en reforma anterior se ha roto otro principio rector en materia concursal, cual es el de *la igualdad de los acreedores*, habida cuenta de que con anterioridad a la reforma regía la “*par conditio creditorum*”, en el sentido de que los acreedores eran todos iguales ante la ley, sin distinción alguna y con excepción solo de aquellos privilegiados. La Ley N° 26.684 rompe literalmente este principio, otorgándoseles a los trabajadores, so pretexto de la naturaleza alimentaria del salario, el derecho a percibir sus acreencias con más los intereses correspondientes, lo que no sucede con los otros acreedores.

En el afán de profundos cambios, también se incursionó en otras disciplinas, dándose nacimiento de esta manera, por ejemplo, a la sociedad de un solo socio y al matrimonio igualitario, ambos inimaginables hace apenas unos pocos cuantos años.

Es decir, la mutación es posible, pues si pudimos violentar principios elementales, reglas de oro, cómo no vamos a poder modificar la actual ley y otorgar la solución preventiva que proponemos, respetando de esta forma otro principio rector, que es el de la amplitud de las soluciones preventivas.

La pandemia nos impone transformaciones y la propuesta no es otra cosa que ello; esto es, que todos aquellos que transitan en un concurso preventivo puedan en las situaciones antes indicadas, y por post-concursales, recurrir a un “segundo concurso preventivo”, concomitante con el “primer concurso preventivo”.

El aludido principio de la amplitud de soluciones preventivas, con la reforma y adecuaciones necesarias al plexo normativo vigente, será capaz de salvar emprendimientos o empresas, fin supremo de la ley.

Salvemos los emprendimientos, las empresas, seamos capaces de hacerlo.

Todo, repetimos, adecuando la ley, lo que requiere un estudio pormenorizado que la urgencia de este artículo nos impide, y que, además, requiere de la concurrencia de notables juristas que podrán aceptar esta propuesta o bien presentar alguna otra superadora.

OTRAS SUGERENCIAS

Otro aspecto vinculado a esta crisis se encuentra relacionado con la admisión de los pedidos de quiebra, los cuales, desde nuestra óptica, deben ser suspendidos hasta tanto se regularice esta situación no imputable a ningún deudor, sino proveniente de razones exógenas.

Consideramos necesario también insertar modificaciones en el llamado período de exclusividad, etapa del proceso concursal en el que el deudor concursado debe formular la propuesta de pago a sus acreedores y obtener de ellos las conformidades necesarias en un plazo máximo de 120 días para la aprobación de su concurso preventivo.

La pandemia nos ha llevado a un grado de incertidumbre, inestabilidad y recesión tal, que no es posible proponer, ni tan siquiera aceptar propuestas, sin el riesgo de incurrir en

una grave equivocación para cualquiera de las partes y con resultados funestos y aleatorios para alguna de ellas.

Otro ítem a considerar está en la prórroga de los plazos concordatarios, los que desde luego se iban a cumplir en condiciones normales de producción.

La fuerza mayor justifica todo; es más, desde nuestra óptica puede ser reglado ello, tal cual se hizo con los despidos, suspensiones, alquileres, desalojos, etc., mediante DNU, sujeto a posterior e inmediata ratificación legislativa, en cuanto ello sea posible.

Si interpretamos, de acuerdo a lo expuesto por el Artículo 955 del CCC, que la fuerza mayor es un hecho imprevisible que extingue la obligación, sin responsabilidad, está claro que no existe mejor momento que este.

Es materia concursal, corresponde planificar con cierto grado de certeza, por un lado, y por el otro, otorgar la seguridad del cobro, siempre en un marco de normalidad.

Nada de ello se presenta en estos tiempos, por lo que la reforma se impone, teniendo siempre presente la teoría del “esfuerzo compartido” con la finalidad de arribar a una conclusión equitativa y ajustada a derecho.

LA PANDEMIA Y EL DERECHO CONCURSAL

CARLOS GÓMEZ RINCÓN*

INTRODUCCIÓN

A un grupo de profesionales profesores universitarios se nos ha invitado a realizar un capítulo referido a la vinculación que tiene nuestra materia con la pandemia COVID-19 que sufrimos en estos días (desde marzo de 2020), y que nos encuentra encerrados en nuestras casas.

En mi caso, se corresponde con el *derecho concursal*, el cual no está ausente en la economía –desarrollo o declinación– de un país y del mundo.

El derecho concursal es una rama del derecho que tiene por fin la atención de patrimonios en dificultad –la ley impone el estado de cesación de pagos– y constituye una herramienta única para corregir, en el plano jurídico, los avatares propios de las múltiples actividades que los hombres desarrollan en el campo económico y que no es otra cosa que el trabajo.

Pero el trabajo individual, organizado de la forma que sea, como emprendimiento individual o asociado, está siempre ligado y mucho depende de la economía, de aquella ciencia que estudia y aplica la creación de la riqueza, su producción, distribución, comercio, consumo de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los hombres de todo el planeta.

Al referirnos a la economía global o internacional entramos en el campo de la *macroeconomía*, en un estudio más complejo aún, porque se evalúa la economía de un país y/o grupo de países, en donde aparecen otros conceptos, tales como crecimiento económico, tasa de empleo y desempleo, tasa de interés, etc., y un último concepto de enorme gravitación que es la inflación, tal vez el término más empleado en nuestro país y que los argentinos contemporáneos lo vivimos desde siempre, por lo que me eximo de definirla.

* Abogado, Cátedra Derecho Concursal. UCASAL.

La macroeconomía investiga el comportamiento de la economía en gran escala y, entre otras aristas, desde las diferentes acciones políticas y sociales que tienen en ella una obvia repercusión.

Por ello, los resultados de la economía de un país son consecuencia directa no solo de su administración, sino primordialmente de su política, y es allí donde emerge la división de los argentinos que, sin adoptar posición política definida, zigzagueando entre una y otras, nos encontramos en un país en donde la cultura del trabajo no existe y, por si ello fuese poco, que no lo es, la corrupción tampoco es condenada y el populismo es alentado con una serie de beneficios para aquellos que nada hacen y con fuerte ajuste impositivo a los que producen. Ello, sin repudiar a las políticas de ayuda social necesarias en un país con semejante decadencia.

Este artículo no tiene ningún tinte político, solo intenta, desde mi óptica, describir la realidad y por ello también señalamos que es verdad que cada gobierno que llega del signo que sea, recibe un país en peores condiciones que el anterior, y así venimos desde siempre, y justificamos, por eso mismo, las distintas políticas económicas, siempre de emergencia, que se nos imponen.

Lo cierto es que, como corolario de lo expuesto, venimos de crisis, estamos en crisis y cada vez en una de mayor proporción.

A esta gravísima crisis que sufrimos antes de la cuarentena, le agregamos ahora la *pandemia*, que agravará inconmensurablemente cualquier economía del mundo, mucho más aún la nuestra, que viene a los tropiezos y arrastrando severos resultados negativos.

Por la pandemia los emprendimientos de los hombres de todo el planeta pasarán por tierras movedizas y muchos caerán, según lo avizoran notables especialistas económicos. Basta con leer en estos tiempos las portadas de los diarios para ratificar ello.

Si pensamos que hoy el Estado argentino asiste monetariamente, mediante subsidios y ayudas sociales, a un gran número de argentinos que no cuentan con trabajo estable o viven en la indigencia, después del paso de este virus, con las empresas debilitadas que no podrán pagar sus salarios, sea por su inactividad y/o por haber decrecido drásticamente la demanda, nos preguntamos a cuántas personas más se tendrá que sostener y con qué fondos se podrá concretar, si la recaudación estatal también inexorablemente caerá.

Muy a nuestro pesar, estamos frente a una crisis fenomenal, la peor de todas; y ante ello el derecho concursal cobra vigencia como pocas ramas del derecho y sin desmerecer a las otras.

El *concurso preventivo* tiende a mantener la empresa como generadora de empleo y por consiguiente de felicidad, de familia, de orden, de honestidad y de cuantos más calificativos se le quiera agregar, porque el hombre, para tener familia, para ser feliz y honesto, debe insoslayablemente contar con un trabajo, tener una renta y poder de esa forma sostener y educar su familia.

En el otro extremo está la *quiebra*, que tiene como objetivo inmediato e inequívoco el aniquilamiento de ese patrimonio o empresa en crisis terminal; consiste en vender la

misma, convirtiendo ese emprendimiento –fábrica, empresa, inmuebles, muebles, etc.– en dinero, para devolver a los acreedores, que, a su turno, nunca cobran la totalidad de sus créditos, o lo cobran con moneda devaluada, que es lo mismo que cobrar menos.

Por esto, en clase, a nuestros alumnos les decimos que la quiebra importa la muerte, la tristeza, la desintegración de las familias por falta de empleo y, por consiguiente, del orden social que debe reinar en la comunidad.

Ambos escenarios, salvo contadas excepciones, estarán presentes en la mente de muchos argentinos y extranjeros, porque los efectos económicos de la pandemia serán definitivamente de alto impacto en todo el mundo.

Agradecemos la invitación que se nos hiciera para aportar alguna reflexión respecto de lo que nos toca vivir y, a través de ello, colaborar con quienes tienen la responsabilidad política de dirigir nuestras vidas como ciudadanos.

Entonces, felicitamos a quienes tuvieron esta iniciativa, la cual es esencialmente democrática, por cuanto objetivamente se ha recurrido a un grupo de profesores, sin importar o preguntar sus ideologías, tal fue el mensaje inicial, intentando simplemente recopilar ideas.

LA PANDEMIA Y EL DERECHO CONCURSAL

En las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial (1945), Winston Churchill tituló a unos de sus libros: *Se cierne la tormenta*, aludiendo a las consecuencias bélicas sufridas, como a los imponderables de sus secuelas.

Es que semejante hecho llevó a su país a una gran crisis y es a partir de esta notable frase que muchos se valieron de ella para adornar sus discursos y solicitar de los políticos “[...] la inmediata necesidad de atender, de urgencia nacional, las evidentes señales de la crisis”, advirtiéndole que “[...] no hacerlo a tiempo generará una gran tormenta”.

Por entonces también se expresó: “[...] se está dejando que los problemas se acomoden a la coyuntura”.

Estas expresiones no pueden tener más actualidad en este mundo ahora azotado por una pandemia universal –COVID-19– y pese a que han transcurrido 75 años.

Es que el Estado, como responsable de la armonía que debe regir en toda sociedad, debe, en esta crisis argentina, agravada por una pandemia mundial nunca vista e inédita en toda nuestra existencia, intervenir y reglar para adelante las conductas posibles de los ciudadanos; toda vez que como nunca nos enfrentamos a un estado fáctico, que en derecho denominamos fuerza mayor, que por definición es un hecho no imputable a ninguna de las partes que componen una convención o negocio jurídico, sino y fundamentalmente que por su misma existencia libera al obligado de toda responsabilidad que dé respuesta a una obligación tomada en un contexto distinto, y en un momento de un mundo en absoluta normalidad.

Es que los compromisos u obligaciones asumidas por cada uno fueron concertados en base al normal desarrollo de la actividad, la cual ha sido con posterioridad brutalmente afectada por esta peste universal imprevista, aun cuando la misma sea transitoria.

Cualquier diccionario jurídico básico nos indica que la fuerza mayor funciona en nuestro derecho civil y comercial igual que el caso fortuito, es decir, como una causal *eximente de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación*.

Es verdad, sin vacilación alguna, que nos encontramos frente a un hecho –pandemia y/o cuarentena– ajeno absolutamente a nuestro accionar y responsabilidad, lo que constituye un motivo o causa suficiente para romper con los parámetros de una convivencia normal, entre ellos, con el cumplimiento de una obligación.

Nuestras leyes fueron dictadas inmersas en un marco pacífico y de normalidad, y para su aplicación también dentro de ese idéntico ámbito regular.

Solo como excepción la ley trata, y poco, circunstancias anómalas, inéditas, imprevistas e incluso difíciles de imaginar, a tal punto que ninguna ley, sino genéricamente, trata el fenómeno que vivimos; es que lo que nos toca, desde cualquier óptica, resultó siempre inimaginable.

Los más pesimistas, tan siquiera aquellos predicadores de catástrofes tuvieron una clarividencia tal como para que normativamente se hubiera podido plasmar en leyes las vivencias que nos tocan.

Este artículo está orientado a la repercusión que esta catástrofe mundial tiene en la economía colectiva y particular, y fundamentalmente en el derecho concursal –concurso preventivo y quiebra–, habida cuenta de que todos los patrimonios, por razones exógenas, de una u otra forma sufrirán su impacto con resultados imprevistos, y con seguridad, no imputables a una adecuada y correcta administración.

Los efectos que irradiará la pandemia intercalarán en el curso de cualquier asunto o negocio gestado con anterioridad a ella y, obviamente, repercutirán con un efecto negativo para uno o para otro integrante de esa relación jurídica.

Sin duda, este fenómeno del coronavirus impactará en las obligaciones que las personas pudieron haber asumido, sin que la actual ley, en su conjunto, lo haya podido prever, ciertamente por ser imprevisible. Ergo, las leyes con que contamos devienen manifiestamente insuficientes, inequitativas, desajustadas para defender lo que aprendimos que es el “derecho”; a decir, de Renard –profesor Universitario en Derecho y Psicología–, el orden social justo.

Este autor, en su doctrina filosófica, asume un planteamiento iusnaturalista que concibe el derecho natural basado en el bien común, de contenido progresivo y analógico, *en la medida en que se adapta a los diferentes ambientes históricos y a los cambios en las condiciones del hombre, que permita la coordinación de los intereses individuales para la búsqueda del bien común*.

Para Vanni, es el conjunto de normas impuestas a la acción humana y apoyada por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad; o como sostiene Orgaz, es el sistema de normas que sirven para delimitar, coordinar y proteger aquellos intereses que se estiman valiosos para la convivencia.

Sin ánimo de cansar con distintas citas, el derecho, en definitiva, es un elemento esencial del Estado y, por consiguiente, el Estado está obligado a ajustar su normativa acorde a los momentos históricos que le tocan.

Omitir ello, no solo importará no estar a la altura de las circunstancias, sino que provocará el caos social, la anarquía, que es la oposición a la existencia del Estado como autoridad superior, al control social.

La falta de leyes en épocas del coronavirus podrá llevar incluso a la rebelión individual o colectiva en contra del sistema, al desgobierno.

Por ello, por sus gravísimas consecuencias, es imperativo que nuestras legítimas autoridades, preocupadas por las secuelas que deja esta etapa vírica, amolden el sistema normativo al interés común, tarea por cierto titánica y que seguramente no complacerá a todos.

ANTECEDENTES

Buscando la vinculación del derecho concursal y los tiempos de pandemia que nos toca vivir, vemos allí cómo las leyes falimentarias fueron *aggiornándose*, con aciertos y errores, a los distintos tiempos históricos.

En efecto, si nos remitimos a los comienzos de la ley de concursos en nuestro país, vemos que primero fue de aplicación la legislación española que imperó, incluso, hasta muchos años después de nuestra declaración de independencia. En el año 1936, don Juan Manuel de Rosas dictó un decreto que abolía todos los juicios de espera y quitas, por considerar que ellos servían para que los malos pagadores se burlaran de la confianza conferida por los legítimos acreedores.

En 1958 fue abrogado el decreto de Rosas, so pretexto de que constituía un deber de la administración asistir en auxilio del comercio, señalándose, por entonces, que de su prosperidad dependía en gran parte la prosperidad del Estado, no sin mencionar que el decreto de Rosas pudo haber sido conveniente 22 años antes.

Así se llega al Código de Comercio de 1862, donde por entonces los jurisconsultos de más alto relieve aconsejaban hacer cesar la presunción de fraude en las quiebras mientras no existieran puntuales razones.

Por ese entonces, el comerciante que fracasaba en su actividad se veía inmerso en un enorme desprestigio, fustigado por la sociedad, por lo que se encomendaron proyectos modificatorios sin que prosperara ninguno de ellos, hasta llegar al año 1902, en que se dicta la Ley N° 4.156, que rigió hasta el año 1933. Esta ley fue estructurada en base a la ley italiana e inglesa y quedaron suprimidas las moratorias de resultado desastroso.

A la Ley N° 4.156 le sucede la Ley N° 11.719, conocida como “Ley Castillo”, que rige a partir de agosto de 1932 y que constituía el deseo de nuestros juristas, por lo que se contaba con 16 proyectos de reforma.

La Ley Castillo se dictó luego de la crisis mundial de 1930, en donde se hacía especial hincapié en procurar prevenir y reprimir el dolo y el fraude.

Llegamos así al año 1967, en donde se constituye una comisión de reforma del Código de Comercio, integrada por los notables Dres. Isaac Halperín, Francisco Quintana Ferreyra, Horacio Fargosi y Héctor Alegría y, de ese anteproyecto, nace la Ley N° 19.551, que resultó sumamente favorable a los deudores, colocando a los magistrados en una función de contralor del patrimonio del concursado, pese a que las estructuras judiciales no contaban con medios suficientes para semejante tarea.

En la crisis del año 1980 vimos cómo las más importantes empresas de nuestro medio se presentaban en concurso preventivo, y también se vio cómo estas empresas desaparecieron y no fueron sustituidas por otras; a lo expuesto cabe, además, agregar que tampoco los acreedores recuperaron sus créditos.

A la Ley N° 19.551 le sucede la actual Ley N° 24.522, con una serie de reformas que veremos seguidamente.

La primera de ellas, la Ley N° 25.563, que ha sido calificada por los expertos como nefasta, no solo por su inconsistencia jurídica y deplorable técnica legislativa, sino y fundamentalmente porque ella fue *dictada a las apuradas frente a la necesidad de amortiguar la grave crisis económica financiera reconocida por la Ley N° 25.561 (de emergencia económica)* y dentro de una realidad compleja.

Esta ley tuvo como fin el de *proteger a los que menos tienen, con una clara inclinación de protección hacia el deudor*, dictándose con total impunidad gubernamental normas indiscutidamente inconstitucionales y que merecieron el reproche de un importante sector de la sociedad y del extranjero.

A esta ley la acompañaron otras series de leyes y decretos (Nros. 1.570/2001, 214/2002, 320/2002, 1.316/2002, y otros), que impidieron entre tantas otras cosas la libre disposición de los depósitos bancarios de los ahorristas –*corralito*–, su reprogramación compulsiva, y además se impuso una conversión fija de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, *cuando el valor de la divisa en el mercado libre resultaba muy superior*.

Todo ello dio lugar a una masiva concurrencia de los ahorristas ante los distintos tribunales federales del país, reclamando sus derechos mediante la conocida acción de amparo, *por haber sido despojados de sus ahorros e impedirse el retiro de sus fondos de los bancos. Esta medida no fue limitada para los bancos oficiales, sino que se hizo extensiva a todo el sistema bancario, incluso bancos privados nacionales o extranjeros*.

Las reclamaciones por entonces efectuadas por los ahorristas atiborraron los tribunales y *no tan pronto comenzaron a obtener sus frutos con el reconocimiento judicial de sus derechos*, empero ello no fue suficiente por cuanto a tales resoluciones judiciales les sucedieron otras leyes con fines evidentemente obstruccionistas para el logro del recupero de los ahorros. Es que el dólar billete cotizaba cuatro veces más que el peso.

A partir de allí, nace el descreimiento de los argentinos con respecto a las entidades bancarias, y nace también lo denominado “guardar los ahorros en el cochón”.

Estos graves inconvenientes de tipo económico financieros, por el efecto contagio, se extendieron al Uruguay y Brasil, lo que demuestra su importancia y profunda gravedad.

En efecto, y para ser más concretos, la República del Uruguay debió también recurrir a nuestro invento, el “corralito”, como asimismo a feriados bancarios, luego de setenta años de que ello no aconteciera en ese país. Por su parte, en el Brasil, la disparada del dólar produjo sus bemoles hasta que obtuvieron la ayuda extranjera (US\$ 30.000.000.000), con lo que lograron apaciguar el denominado “efecto tango”.

En Argentina, como muestra acabada del descontrol económico, se rechazaron, en el sistema bancario, más de 6.200.000 cheques, *batiéndose los récords de concursos preventivos y quiebras y se cerraron una inmensidad de negocios como nunca antes había sucedido, se despidieron empleados y se reconoció a nivel oficial una desocupación cercana al 25 %.*

Dentro de este desorden administrativo, político y económico, en menos de quince días se sucedieron cinco Presidentes de la Nación –Fernando de la Rúa; Ramón Puertas; Adolfo Rodríguez Saá, que declaró el default; Eduardo Camaño y Eduardo Duhalde.

A partir de allí, las normativas dictadas provocaron entre los ciudadanos un grosero cambio de las modalidades y condiciones contractuales; se prohibió la indexación, la repotenciación de las deudas y se derogó toda norma que resulte impeditiva de los objetivos previstos por esta Ley N° 25.563. Se pretendía con esta ley suspender los juicios de contenido patrimonial en contra de los deudores, la efectivización de las medidas cautelares por un plazo de 80 días, término este en que tampoco se podía solicitar la quiebra de un deudor.

La Ley N° 25.563, reitero, modificatoria de la actual Ley de Concurso, estableció plazos exagerados en su procedimiento, como por ejemplo el de 180 días para el “período de exclusividad”, que es el tiempo que tienen los deudores concursados para obtener la conformidad de su propuesta concordataria con los acreedores; estableciéndose, además, que este plazo podía extenderse por otros 180 días más y a criterio del juez.

Nótese que cuando referimos a días, se trata de días hábiles, motivo este por el que el período de exclusividad podía extenderse a casi dos años calendario, si se adicionan las ferias judiciales de invierno y verano. Por si ello no alcanzaba, esta ley postergó las obligaciones concordatarias por un año más, prorrogándose automáticamente ello.

El panorama del país, a mediados de 2002, fue desolador, con una población entre pobres e indigentes del 53 %. Reinaba la anarquía y en cada provincia se hacía lo que se le antojaba al gobernante de turno. Basta recordar que en una pequeña y pobre provincia argentina 30 legisladores nombraron en el Estado 2.350 empleados.

A la Ley N° 25.563, como vemos en este ajustado resumen, con toda justicia le caben todos los calificativos que se le quiera imponer, y ello *por cuanto en su contenido se incluyeron normas que contenían un evidente sesgo político.* Por ello, esta ley (15-2-2002 al 16-5-2002), tuvo escasos 89 días de vida.

Es así como nace la Ley N° 25.589, denominada “la contrarreforma”, dejando sin efecto la anterior –reforma– y volviendo prácticamente a la Ley N° 24.522, a la que se le realizan algunas modificaciones con el fin de *adecuarlas a los tiempos que se sucedían.*

La contrarreforma *no se ajustó del todo a las necesidades de aquellos tiempos*, simplemente estableció mejoras. Fargosi, destacado concursalista, expresó: “[...] el régimen de la quiebra –en sentido lato– solo puede ser regulado conforme una atenta observación de la realidad y, básicamente, de la realidad en el campo de la actividad mercantil y obviamente económica”. En idéntico sentido se expidió Ascarelli¹.

La Ley N° 25.589 otorgó una mayor “certidumbre, recaudo indispensable en el ámbito económico mercantil”.

La reacción adversa a la Ley N° 25.563, es decir, a la *reforma*, fue automática y se retrotrae al momento mismo de su debate parlamentario, donde fue tachada de inconstitucional. Fue seriamente criticada por grupos económicos, algunos interesados en la recuperación del crédito y, otros, en el sano convencimiento de que para la evolución de una sociedad el crédito es imperioso y para que el mismo exista, los acreedores, llámense entidades bancarias o financieras, *deben contar con el libre ejercicio de sus derechos*; concretamente, con las armas judiciales pertinentes para un pronto y eficaz recupero.

Entonces, la contrarreforma puede calificarse como prudente en comparación a la reforma, toda vez que por esos tiempos los concursados, frente a la inestabilidad de entonces, no podían seriamente efectuar una propuesta de acuerdo preventivo, y lo que es mucho más grave aún, los acreedores estaban imposibilitados de aceptar propuesta de pago alguna que se extendiera en el tiempo, por cuanto fue tal el grado de incertidumbre de tipo económico financiero, que el resultado de una propuesta o de su aceptación no era posible de evaluarse.

A tal punto la incertidumbre reinó en los meses de enero a agosto de 2002, que en las entidades bancarias no se otorgaron préstamos de dinero de ninguna especie por “inexistencia de tasa” en el mercado, por el desconcierto absoluto en la estabilidad de la moneda e inexistencia de fondos.

La crisis obviamente llegó a los Tribunales judiciales y los jueces fueron quienes pudieron evaluar las circunstancias y otorgar, en cada caso particular, la solución que estimaron correcta.

Las Leyes Nros. 26.086 y 26.684, evidentemente, contaban con un tinte político indisimulado, toda vez que, de su lectura, tal vez se empieza a pretender sustituir el principio de conservación de la empresa por el de conservación de empleo o fuente de trabajo, por motivos técnicos que no viene al caso explicar en este capítulo y porque desvirtuaríamos el objetivo de encontrar la vinculación del derecho concursal con el coronavirus.

Solo agregaré que la Ley de Concursos también fue objeto de un manoseo político, ya que en vista de las elecciones presidenciales de 2011, a las que se postulaba Cristina Fernández de Kirchner, en el mismo acto, en la misma sesión legislativa en la que se aprobaba esta contrarreforma, créase o no, también y simultáneamente, se aprobaba un proyecto modificatorio de esa misma ley que estaban aprobando, y que dieron en llamar

¹ Ascarelli, Tulio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, 1964, p. 267.

“proyecto rectificativo”. Realmente asombroso, difícil de digerir e incluso de comprender. Sin embargo, seguramente olvidado por la ciudadanía, por encontrarnos acostumbrados a los cotidianos escándalos políticos.

Este desvergonzado y penoso proceder del Poder Legislativo muestra, desde el punto de vista político-económico, cuán importante resulta y la incidencia que tiene la Ley de Concursos Preventivos.

EL PRESENTE

Esta fenomenal enfermedad, la peor pandemia que pudo haber acontecido en nuestro mundo, nos lleva a preguntarnos la forma en que el Estado debe interceder en la interrelación de las personas, a preguntarnos cuál es la mejor de ellas, la más acertada, aquella que nos permita arribar a un resultado óptimo.

Desde luego que es prematuro anticipar cualquier, tan siquiera, proyecto de solución, no solo porque nos encontramos frente a la génesis de una catástrofe económica, financiera y social, que arrasa el mundo, con la abrupta caída de todos los mercados, con la economía de grandes, medianos y pequeños; sino y en paralelo, primordialmente, con la pérdida de una enorme cantidad de personas, que sí son definitivamente irrecuperables y que solo nos dejará el recuerdo de los que se fueron y el sufrimiento de sus seres queridos.

Observamos, con orgullo, por una parte, y con preocupación, por la otra, lo que sucede en nuestro país y cómo se enfrenta desde el Estado este fenómeno.

Si nos referimos al aspecto sanitario, con toda satisfacción vemos cómo las medidas dispuestas se están respetando a rajatabla y el comportamiento cívico ha sido hasta el presente ejemplar, sin perjuicio de algunas excepciones que son menores.

Lo cierto es que podemos arribar a un resultado satisfactorio hasta el presente, porque la defensa contra este virus no requiere de infraestructura médica de ninguna índole, sino de un comportamiento “barato”; y ello, para un país como Argentina, es de suma importancia, porque nuestra salud pública no está preparada para brindar una suficiente atención médica en tiempo normales. La mejor noticia, dentro de semejante trance, fue que el antídoto más eficaz contra el virus es el aislamiento obligatorio.

Sin perjuicio de lo expuesto, igualmente corresponde destacar la responsable e inteligente política dispuesta por nuestro gobierno nacional, con un oportuno confinamiento, que otros países, incluso del primer mundo, no supieron o quisieron disponer.

En lo que refiere al aspecto económico, la primera observación que se realiza es la omisión, hasta el presente, de la creación de un Comité de Emergencia Económica, o como se quiera denominar, que con la prontitud debida determine el procedimiento que obligatoriamente debe la patronal asumir en cada caso en particular, tal cual se hiciera, aunque con algunos inevitables errores u omisiones, respecto de las ayudas sociales.

Es insoportable ver que determinados emprendimientos o empresas, o un simple empleador, no cuenten con una medida que indique el temperamento a seguir, y pese a que estamos próximos a la obligación de afrontar el pago de los salarios.

Dejar librado al azar nada más y nada menos que el pago de sueldos es grave, más grave todavía, si el pago queda condicionado a la negociación de la patronal con sus empleados. La anomia lleva a la desolación, a la angustia y, consecuentemente, a la adopción de distintos criterios que no se deben plasmar conforme el resultado a que cada uno arribe y de acuerdo a su conveniencia, sino que, al menos, deben estar guiados por los decisores y con metas claras.

No escapa que la casuística es múltiple, pero la falta de regulación será mucho más gravosa.

La vacilación acerca de cómo actuar es lo que debe evitar el Estado, toda vez que su deber fundamental es el de indicar el camino a seguir, el de constituirse en el “guía” que todos esperan. De esta forma, estaremos todos los ciudadanos compelidos a cumplir.

El vacío legal da lugar a otro espacio peligroso, cual es la corrupción, además de enfrentar a personas que antes no tuvieron esa posición, y se mantenían en armonía.

Es el momento de los líderes mundiales, por los atroces efectos que el virus acarreará, por lo que impone “prevenir”, “anticipar”, tal como se hizo acertadamente con la sanidad.

Como nunca antes, vemos que empiezan algunos países potencias a prestarse ayuda, o simulan ello; vemos también cómo se respeta la autoridad; la autoridad volvió después de décadas a ser tal, el guardián del orden volvió a tener autoridad, y todo ello porque un Presidente mencionó “por la razón o por la fuerza”. Siempre debió ser así, y no por esta firme decisión se deja de ser democrático. Por fin en Argentina estamos entendiendo que el orden no es fascismo, no es la supresión de la discrepancia, es simplemente eso, orden, conducta indispensable para la organización de una sociedad.

Parece que necesitábamos de este mal para recuperar conceptos y comportamientos básicos.

Presagiamos, luego de la pandemia, una sociedad herida, sanguinolenta y sumida en una desesperación y angustia mayúscula, en tanto no se dicte una batería de normas que contemplen casuísticamente las inquietudes presentes, aún con el inmenso riesgo de la equivocación, empero no de la desidia. Prever es la tarea.

Nuestros gobiernos deben pensar cómo se sale de la cuarentena, deben tener en cuenta la innumerable cantidad de emprendimientos truncos. Empresa que cierra no abre. Se avecinan los concursos y las quiebras ante una crisis terminal tal cual se pregona.

Es indispensable proteger los emprendimientos, las empresas. Recordando, como al comienzo, a Churchill, cuando expresó: “Muchos miran al empresario como el lobo que hay que abatir; otros los miran como la vaca que hay que ordeñar, pero muy pocos lo miran como el caballo que tira del carro”.

Cuanto mejor nos preparemos durante la pandemia, más rápido se recuperará la economía y los pronósticos actuales podrán ser amortiguados o evitados en gran parte. Todo depende de la autoridad política central que debe dar el primer empujón para que la rueda empiece a rodar.

El ciclo lectivo puede esperar, se recuperará en épocas de vacaciones que se podrán suspender etc.; lo que no espera y arrasa es la economía.

Las cosas por su nombre, se habla de guerra, pero no de economía de guerra en donde *todos* debemos resignar algo. De otro modo, de esta crisis, no salimos.

En el ámbito social, vemos comportamientos delictivos repugnantes, que debieran tener una sanción de mayor pena, por su actuación en plena crisis, porque la vigilancia está orientada al control sanitario y consecuentemente la desprotección del ciudadano es mayor.

Todo ello desde la óptica legal se soluciona con los Decretos de Necesidad y Urgencia que puede el Ejecutivo dictar de manera inmediata y con la misma celeridad el Poder Legislativo ratificar, como ya ocurrió con llamativa velocidad con el dictado de leyes de contenido político partidario.

El país no puede esperar. La demora de regulación lleva a que, en situaciones iguales, la suerte sea dispar.

Cada vez que la sociedad hace un esfuerzo, percibe que la clase política no lo hace.

Es que a la ciudadanía se le impone; en cambio, a los políticos o funcionarios se les requiere un renunciamento. No debiera ser así, corresponde de inmediato reducir todos los sueldos, las dietas y las jubilaciones exageradas; si no el resentimiento social, que ya empieza a aflorar, se incrementará y además justificadamente.

Es la oportunidad de bajar el techo de los salarios, lo que tanto se declama y en definitiva no se hace. Esta es la oportunidad perfecta, la ideal, la de posguerra.

No justifiquemos su demora porque no existen justificaciones. Debemos dar el ejemplo.

La fuerza mayor permite cualquier disposición frente a la emergencia social y económica; de hecho, algunas medidas se tomaron en dicho sentido, como la prohibición de despidos o suspensiones de empleados en relación de dependencia, pese al cierre de los negocios y la falta consecuente de recaudación de dinero para afrontar los pagos de sueldos. Si ello es posible, si allí no hay avasallamiento de derechos, tampoco se podrá argumentar en los otros casos.

CONCLUSIÓN

Muy distinta es la necesidad real de la necesidad política, que lleva a esta última a legislar no de acuerdo a sus convicciones, empero sí, conforme a sus conveniencias.

En el caso que nos ocupa, tenemos que aprender que las medidas que en adelante se impongan deben estar reguladas de acuerdo a las necesidades “objetivas” que demanda la coyuntura y entendiendo que esta peste en algún momento pasará y será un feo recuerdo.

La responsabilidad política no tiene parangón, a la crisis económica anterior a la cuarentena le agregamos los efectos de la pandemia, lo cual debe posicionar a quienes nos dirigen a la altura de las circunstancias, dejando de lado “principios” propios de sus doctrinas, por cuanto ellos también fueron instaurados en otras condiciones, en otra realidad a la actual.

La defensa de quienes crean la riqueza, de quienes poseen o detentan distintos emprendimientos, debe inexorablemente recibir del Estado el acompañamiento del caso, teniendo presente que, al margen de sus ganancias, que pueden ellas ser controladas y sujetas a grabaciones fiscales, son ellos quienes generan y otorgan trabajo a la inmensidad de las personas que lo necesitan y que constituye para ellos un bien preciado. La reducción de impuestos para los que más emplean puede ser un aliciente.

No se requieren entonces instituciones intermedias que supuestamente defienden a los “menos protegidos”; es la ley la que lo debe hacer, y dejar de lado aquellas organizaciones que solo han servido para la putrefacción, para la defensa por la defensa misma, no para mejorar a la mal denominada clase trabajadora, sino para justificar su propia existencia.

De hecho, la clase trabajadora, los “desprotegidos” en décadas nada mejoraron; por el contrario, podríamos decir que declinaron en su calidad de vida.

Es más, con un oscuro fin se han constituido una serie de cuadros intermedios ocupando tareas y decisiones que debieron todas ellas ser asumidas por distintos ministerios.

Los aportes que a estas instituciones se les realizan se diseminan, solo sirven para una política sucia y, lo que es peor, para enmarañar y confundir lo que a cada uno le corresponde hacer y aportar.

Pareciera que lo que se expone no es la realidad; sin embargo, ellos existen y en cantidad.

Entonces, arteramente durante años se nos vino “confundiendo” y el ciudadano carece de recurso legal alguno para defenderse; con las medidas hasta ahora dispuestas en materias económicas, las mismas o sus anuncios, a la fecha de este artículo todavía no se han resuelto, con excepción de algunas elementales disposiciones como las referidas a los desalojos, cuotas hipotecarias, cobro de lo más necesitados, etc.

Parece que en este país solo trabajan los Poderes Ejecutivos y nuestro interrogante es qué hacen el resto de los políticos; son miles y brillan por su ausencia.

Al Poder Legislativo es a quien más le cabe esta crítica; si estamos en guerra, deberían estar ellos atrincherados en su lugar de trabajo, redactando leyes a un metro y medio de distancia o vía tecnológica.

No se observa ello, no se ve; al menos no nos ha sido comunicado en las reuniones con cada sector productivo, que en definitiva son quienes conocen la problemática y quienes pueden aportar o generar ideas para una adecuada regulación.

No hacerlo, y no hacerlo oportunamente, generará la gran tormenta, y de seguir así nos encontraremos inmersos en el caos, en la anomía, en el desgobierno. No debemos tener temor a la equivocación, se puede re-direccionar con disposiciones posteriores, y ello no será motivo de juicio, sino de elogio.

Se hizo mención al dilema entre optar por lo económico o por la vida, y a decir verdad desde la función gubernamental no existe tal dilema, porque concomitantemente a las regulaciones sanitarias, lo que se hizo y muy bien, también se debió legislar o indicar respecto de lo económico, en donde gobierna la incertidumbre y puede ello, y solo ello,

aunque pueda calificarse de exagerado, llevar a los individuos y/o empresas a un estado ruinoso, de cesación de pagos, de concursos preventivos o quiebras.

Es hora de cambiar, es momento para equivocarse, como ocurrió con la Ley de Concursos.

Los efectos desbastadores de la pandemia superan con creces cualquier otro suceso anterior.

Los hombres resultamos impotentes frente a las desgracias humanas, frente a las pérdidas irreparables, empero no ante lo que queda, que es decir una tarea similar a la de una posguerra.

Quienes tengan esta responsabilidad es de esperar que lo hagan de la mejor forma, sin egoísmos, sin políticas partidarias, pensando en el bien común y, quienes recibamos como ciudadanos esa normativa, que con seguridad no contemplará todos los intereses individuales o podrán no ser de la conveniencia esperada, sepan aceptar y ejercer sus defensas cabalmente, toda vez que siempre habrá algún juez que comprenderá el caso en particular y de ningún modo soslayará el atroz paso de esta pandemia.

Los proyectos de ley que con seguridad se encomendarán tendrán que contemplar y diferenciar las situaciones fácticas y jurídicas existentes previo al inicio de la pandemia y aquellas ocurridas como consecuencia de ella.

En materia concursal las medidas de reordenamiento económico resultarán primordial y desde luego deberemos estar a sus resultados.

EL TRANSPORTE EN LA EMERGENCIA SANITARIA

ARMANDO N. CANOSA*

1. Como es sabido, todos los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo estatuido en el Artículo 14 de la misma. Desde siempre se ha escrito sobre el alcance que debe dársele a esa facultad del órgano legislativo a los fines de adecuar el ejercicio de dichos derechos por parte de todos los habitantes de este suelo, no siendo este trabajo el indicado para explayarnos *in extenso* sobre este tema.

La doctrina tradicional había sostenido desde antiguo que esta facultad del legislativo encuadraba en lo que se denominaba “poder de policía”, el cual era definido como la “potestad atribuida por la Constitución al órgano o “poder” legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes” (Marienhoff). Dejando de lado toda la controversia doctrinaria acerca de la diferencia de este instituto con el denominado como “policía” o “policía administrativa”,

* Secretario de Transporte. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (1997-1999). Subsecretario de Transporte Metropolitano y de Larga Distancia. Secretaría de Transporte. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (1996). Asesor de la Presidencia del Banco Hipotecario Nacional (1996). Subsecretario de Asuntos Legislativos. Ministerio de Justicia de la Nación (1995-1996). Asesor del Gabinete del Sr. Ministro de Justicia de la Nación (1994). Subcoordinador del Componente “Desregulación” del Programa de Reforma del Estado (BIRF) ante la Subsecretaría de Desregulación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (1992-1994) y Asesor del Subsecretario del área. Consultor Top III del BIRF en el Componente “Desregulación” del Programa de Reforma del estado (1991). Asesor en la Intervención de SEGBA (1990-1991). Letrado Sumariante. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (1985-1987). Abogado en la Dirección de Control de Gestión del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (1984-1985). Profesor de Procedimiento Administrativo en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Abogacía de la Universidad Católica de Salta (2015 - a la actualidad). Profesor Titular de la materia Procedimiento Administrativo –Parte Especial– en la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2010 - a la actualidad).

lo cierto es que a continuación de haberse concretado una especie de definición, se trataba de establecer cuál era el debido “contenido” que se le debía asignar al “poder de policía”. Así, y continuando con lo que consideramos como las posiciones doctrinales tradicionales, diremos que existía un criterio restringido mediante el cual se limitaba la potestad legislativa a lo que atañe a la seguridad, moralidad y salubridad públicas, lo que quedaba reflejado en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos “Empresa Plaza de Toros” y “Saladeristas de Barracas”). Con el correr de los años, y a nuestro criterio, con motivo de las complejidades crecientes que se fueron sucediendo a raíz del devenir de la vida en sociedad, el contenido de este “poder de policía” se fue ensanchando, naciendo por ende lo que se denominó el criterio amplio de éste, teniendo como principales denominaciones a este fenómeno como “policía de emergencia” y también “policía de la prosperidad”, también recogidos estos criterios por el alto Tribunal (“Ercolano”, con relación a la primera de las denominaciones y “Cine Callao”, con relación a la segunda).

Podríamos decir que ampliados los criterios que avalan la existencia del “poder de policía”, se inicia rápidamente un verdadero camino hacia la variación de dichos criterios, por lo que se tendió a abandonar estos conceptos, no obstante lo cual entendimos que era importante refrescarlos porque serán necesarios para tratar de encuadrar debidamente esta emergencia sanitaria que estamos atravesando y que se ve reflejada en un profusa actividad legislativa. Ya veremos la entidad de las normas que integran esta actividad legislativa. El creciente intervencionismo estatal—en muchos casos imprescindible o necesario y en otros no—hizo que el concepto que venimos analizando quedara estrecho y de alguna forma, tomando en consideración todas estas intervenciones estatales, se produzca una asimilación entre lo que es “poder de policía” con la casi totalidad de la actividad legisferante. Sin perjuicio de ello tampoco podemos abandonar en forma conclusiva todos aquellos conceptos porque de alguna forma y a pesar de los tiempos debemos recurrir nuevamente a ellos. Nos referimos, en especial, a aquellos criterios que marcaban los límites para la reglamentación del ejercicio de derechos.

La noción ampliatoria del contenido del poder de policía (o de la policía) termina confundiendo con el propio poder de legislación, “incluyendo la regulación de actividades que no son propiamente de limitación ni de gravamen sino de relación o ampliación de situaciones activas favorables” (Cassagne), por lo cual la utilización del vocablo que venimos analizando es una cuestión que se basa mayormente en una tradición jurídica. En definitiva, debemos buscar el fundamento de esta potestad regulatoria con relación al ejercicio de derechos en la procura del bien común, o si utilizamos términos más modernos, en criterios de solidaridad social (Dromi).

2. Habíamos afirmado que estas “normas de policía” tienen como fundamento al bien común, fin primero y último de toda actividad estatal y hacia el cual deben tender, inclusive, todas las conductas humanas, las que a través de la norma de orden público dan cumplimiento a los mandatos de la justicia general. De allí que se sostenga: “El instituto de la policía, entonces, no es sino una especie del género orden público, expresión jurídica de las exigencias de la justicia general” (Barra). La regulación de orden público (norma de policía) tiene diferentes matices o niveles, interesando aquí aquel que se presenta sobre las relaciones

jurídicas entre particulares, las cuales estarán incididas por aquella norma descripta. Siguiendo siempre a este autor, diremos que esta incidencia puede ocurrir de tres maneras diferentes: a) creando limitaciones negativas que actúan como barrera infranqueable para la voluntad de las partes (v. gr., imponer que el límite para la utilización de unidades de transporte automotor no podrá exceder de determinada cantidad de personas, limitando así el contrato de transporte celebrado entre privados); b) imponiendo limitaciones negativas sumado a ello la actuación de oficio de la administración para comprobar el cumplimiento de las mismas y en caso contrario aplicar sanciones (v. gr., suspensión temporaria del transporte interjurisdiccional—dentro de nuestro país o hacia otro extranjero—de pasajeros); c) imponiendo limitaciones negativas y mandatos positivos, como así también la actuación de oficio de la administración para controlar el cumplimiento de dichas limitaciones y mandatos. A ello se refiere la regulación sobre una actividad determinada dentro de los límites que marca el principio de subsidiariedad (v. gr., marco regulatorio del transporte ferroviario).

En definitiva, el concepto de orden público en los términos aludidos debe entenderse como un determinante para considerar que el denominado poder de policía trata acerca de la coordinación de los derechos de los particulares entre sí y además con el interés público.

Todo este juego de limitaciones, mandatos, creación de situaciones activas, etc., puede ser permanente o temporario y encuentra su causa en diversas cuestiones, y he aquí que la emergencia—como concepto jurídico—con base en la protección de la salubridad pública puede enmarcar a todo ello, uniendo así concepciones clásicas con concepciones modernas, siempre que se respeten los límites que se han fijado para que pueda ejercerse esta potestad estatal; la protección de la salubridad que representa el contenido restringido a la potestad legislativa para el ejercicio de los derechos y la emergencia tomando en consideración la ampliación que se produjo en el tiempo de la mencionada potestad. Aclaremos que, como veremos más adelante, lo temporario basado en la emergencia también puede incidir en la regulación de la actividad de que se trate.

3. La variedad de los fundamentos que dan lugar a la reglamentación del ejercicio de los derechos por parte de legislativo hace, como hemos visto, que debamos alejarnos de los conceptos clásicos del “poder de policía”, dado que la creciente intervención estatal en diversos ámbitos del quehacer diario de la sociedad y teniendo en cuenta la noción en los términos de la doctrina clásica, lo convierten en una noción estrecha con relación a lo que sucede en este tema en la realidad actual. Valga aclarar que no siempre esta intervención estatal—al menos en su intensidad y en el ámbito que se pretendía regular—sea válidamente justificada.

Lo que sí entendemos que persiste es el estándar de intensidad con relación a esa reglamentación de derechos, respecto de la cual podemos estar o no de acuerdo toda vez que con variadas justificaciones esa intensidad permitió la intromisión estatal más allá de lo necesario, teniendo en cuenta el fin que se tuvo en mira para dictar una ley reguladora de los derechos; muchos de estos casos se advierten en el campo de lo económico, pudiéndose encontrar en nuestro país variados ejemplos que ratifican esta afirmación.

La intensidad de esta actividad estatal se pone de manifiesto, quizás en forma más alta y palmaria, cuando se invoca la “emergencia” para aumentar esta intervención estatal en un sector o en varios sectores dentro del campo de acción propio de los privados. Reiteramos que este concepto de “emergencia” pudo haber sido objeto de críticas (Bianchi), lo cierto que en determinadas circunstancias es la válvula de acción necesaria del legislativo para tratar de afrontar una situación que se presenta y que altera en forma palmaria la vida en sociedad. En pocas palabras, no cualquier situación que saque de los carriles normales el actuar de la ciudadanía es válida para invocar la “emergencia” y de esa forma restringir en forma intensa el ejercicio de los derechos constitucionalmente amparados.

Por nuestra parte, entendemos que la Corte Suprema ha definido –y puesto en justos términos– el alcance que debe otorgársele a la emergencia en la materia en análisis. Así se ha decidido y fundamentado: “[...] el tribunal ha sostenido –tras recordar que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos– que en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad (*Fallos*: 200:450). Surge del mismo fallo el carácter transitorio de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales” [CSJN *in re* “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)”, del 27-12-1990]. Una acabada y acotada concepción de la emergencia, consignando otra de sus características centrales, es la de la transitoriedad. Desde luego a ello debemos agregar el requisito de la legalidad –o sea, necesaria e imprescindible intervención del órgano legislativo– y además la razonabilidad que está marcada por lo establecido en el Artículo 28 de la propia Constitución Nacional. En sí la emergencia no crea potestades ajenas a lo que surge de la ley fundamental, pero sí permite ejercer con mayor rigor y vigor las que ésta contempla, es decir, el ejercicio de esta potestad estatal con base en la emergencia y dentro de los límites que han sido marcados, se enmarca en lo que puede considerarse un actuar dentro de la interpretación de las normas de la Constitución Nacional (Gallegos Fedriani).

Sin tratar de ahondar en todo lo que se podría decir acerca de la emergencia en materia de restricción del ejercicio de derechos, y para ir enmarcando la cuestión al tema en análisis, diremos que si se hace un *racconto* de las distintas leyes de emergencia y la interpretación de las mismas por parte de los tribunales, advertiremos que las que mayor trascendencia tuvieron fueron aquellas vinculadas a las cuestiones que involucraban a la economía o economía social del país, desde una perspectiva general, que incluye distintos aspectos dentro de este campo. En base a la emergencia se restringieron derechos en materia contractual, controles estatales a sectores de la economía, imposición de cargas económicas, intervención estatal directa en empresas privadas, etc. Desde luego que no en pocos casos esta emergencia en materia económica recibió algún aditamento adicional para justificar esta intervención, como podría ser el bienestar general, la paz social, la prosperidad, la seguridad nacional, entre otros tantos conceptos. No obstante, siempre el tema económico tuvo su preponderancia. También esta emergencia económica tuvo como base lo que se considera una cuestión de transformación nacional, como aconteció en

1989 con la sanción de las Leyes Nros. 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica, a las cuales nos referiremos más adelante en ocasión de tratar lo concerniente al transporte. Desde allí esta emergencia económica también se vinculó con cuestiones que hacían a la emergencia económica financiera del Estado, pudiendo citar como ejemplo de ello a las Leyes Nros. 25.344 y 25.561, siendo que esta última fue prorrogada durante muchos años a través de la sanción de distintas leyes.

Las emergencias sectoriales no tuvieron mayor repercusión, con la salvedad de algunos casos puntuales, que tuvieron como origen los daños que se causaban por desastres provenientes de la naturaleza.

Estas aclaraciones son válidas para enfatizar que la emergencia sanitaria que rige en la actualidad (más adelante daremos precisiones del fárrago normativo que la regula) aplica los conceptos propios de esta potestad estatal de reglamentar el ejercicio de los derechos en su más pura concepción; a saber: hace a lo restringido de la justificación para dicho ejercicio—protección de la salud de la población—y además ejercicio de ese “poder” que emana de la emergencia también aplicado de acuerdo a parámetros válidos y ya jurisprudencialmente reconocidos. La emergencia, en este caso, no tiene como base central a las cuestiones económicas, aunque también debemos reconocer los efectos de las normas que la regulan; esta emergencia sanitaria tendrá efectos directos e indirectos sobre algún sector que está incidido o que incide en la economía general del país, incluido el que es motivo de este comentario, como es el transporte.

4. El derecho a la salud no fue incluido de manera expresa en el texto constitucional de 1853-1860, mas se consideró que se encontraba implícitamente reconocido a través de la interpretación del Artículo 33 de la Constitución Nacional, dentro de lo que se denominan derechos no enumerados. Este derecho a la preservación de la salud está considerado como relevante, dado que se encuentra dentro de lo que es el derecho a la vida (Francavilla). El derecho a la salud fue desde un comienzo reconocido por la Corte, lo que queda demostrado en un fallo de 1887, en el caso “Saladeristas de Barracas” (*Fallos*: 31:274), en un pronunciamiento que se toma en consideración para explicar el antiguamente denominado “poder de policía” en sentido estricto. Así, el máximo Tribunal se abocó a considerar la legitimidad de ciertas normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires a los fines de evitar que los saladeros ubicados a la vera del Riachuelo vertieran efluentes tóxicos o contaminantes a dicho río. La Corte se inclinó por la validez de las referidas disposiciones, acuñando un célebre fundamento: “[...] ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso de su propiedad [...]”. Tan barrocas expresiones ponen en evidencia la existencia de un derecho constitucional a la salud y la consiguiente obligación del Estado a su protección, y de allí la constitucionalidad de las normas que tiendan al cumplimiento de tal obligación, siempre que las mismas se dicten de acuerdo a otros parámetros que las tornen jurídicamente válidas (Canosa). Este fallo puede ser considerado como un remoto antecedente de la obligación estatal, y por ende, de las restricciones que puedan dictarse hacia los particulares a los fines de la protección del medio ambiente, lo cual ha sido recepcionado muchos años después en la reforma constitucional del año 1994—Artículo 41—, en cuanto a la protección

de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Esta protección del medio ambiente también se relaciona con la protección del derecho a la salud de la población y a las necesarias regulaciones de distintas actividades ejercidas por los particulares que tiendan a esos fines.

Del mismo modo podemos citar al Artículo 42 de la Constitución Nacional, que alude a que los usuarios y consumidores tienen derecho en sus relaciones de consumo a la protección de la salud y establece la obligación para las autoridades públicas de hacer lo conducente para la protección de este derecho. Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo, 75.22, CN) establece que los Estados partes del pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental, debiéndose adoptar, entre otras medidas, la de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Así, el Estado está obligado a proteger la salud de la población, adoptando todo tipo de decisiones –acciones positivas, restricciones de derechos, etc.– dirigidas, entre otras cuestiones, a la prevención de enfermedades. Es lo que clásicamente se denominó policía de la salubridad y su importancia radica en que tal potestad-obligación estatal resulta fundamental para unir el interés social y el interés individual y de allí que las medidas preventivas que se adopten por ley para evitar la propagación de una enfermedad y que afecten los derechos de los individuos se basan, en definitiva, en la protección del interés público. Toda actividad, incluida la económica o especulativa, depende de la buena salud de la que puedan gozar los habitantes de un país (Diez).

Existe base constitucional suficiente que justifica el dictado de estas normas que refieren a la actual emergencia sanitaria provocada por la propagación del denominado “COVID-19”, y en base a las mismas, cumplir con la obligación estatal de protección del derecho a la salud mediante acciones positivas y también restringir el ejercicio de este derecho al adoptarse medidas que limitan por estas razones de emergencia la atención de determinadas afecciones de la población (suspensión de cirugías, de estudios de prevención de todo tipo, consultas médicas, etc.). A su vez, esta emergencia sanitaria y todo lo vinculado al derecho a la salud, conforme lo explicitado –como ya lo hemos insinuado–, dimana efectos de restricción en el ejercicio de otro tipo de derechos que hacen a la realización de actividades distintas a lo estrictamente sanitario, como es el caso de lo aquí tratado referente al transporte en determinados modos del mismo.

5. Tomando en consideración los conceptos vertidos en los puntos anteriores, entraremos al tratamiento de la emergencia sanitaria en virtud de la existencia de la pandemia con motivo de la propagación del COVID-19. Como una suerte de base indirecta de la emergencia declarada, se tomó en ese sentido a la Ley N° 27.541, denominada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia”, la que contiene una declaración genérica de emergencia que abarca distintas actividades en las que tiene injerencia lo público, predominando, como es usual, cuestiones que se relacionan con lo económico y, dentro de ello, la prestación de servicios públicos, aspectos financieros, fiscales y administrativos. Pero en dicha declaración genérica está comprendida la

emergencia “sanitaria y social”, siendo digno de destacar que en los artículos que corresponden a dicha emergencia no se incluye, como no podía ser de otra manera, ningún aspecto vinculado al virus que dio origen a la actual emergencia sanitaria.

El Poder Ejecutivo Nacional dicta el DNU N° 260/2020, por el cual, conforme su Artículo 1°, “amplía” la emergencia declarada en la ley mencionada en el párrafo anterior, con causa en la pandemia que había sido declarada por la Organización Mundial de la Salud. Si bien, como se afirma en los considerandos del decreto, la rápida evolución de la situación epidemiológica exigía que se adopten medidas “rápidas, eficaces y urgentes” y así evitar el trámite ordinario de la sanción de las leyes, quizás hubiera sido preferible la rápida intervención del Congreso de la Nación para la sanción de una ley específica sobre esta cuestión y utilizar la vía de la delegación legislativa (Artículo 76, CN) para una adecuada actuación del Poder Ejecutivo y no transitar la vía de los decretos de necesidad y urgencia (Artículo 99, inc. 3°, CN) y repetirlos en cada una de las extensiones de la cuarentena a la que está obligada la población en general. La delegación legislativa es un instrumento idóneo para implementar las medidas adoptadas por el órgano legislativo y así está contemplado expresamente en la propia Constitución Nacional.

La autoridad de aplicación en el marco de la emergencia sanitaria declarada es el Ministerio de Salud, otorgándole el DNU una serie de facultades, no obstante que deberá coordinar con las autoridades competentes en cada una de las áreas involucradas distintas al ministerio ya mencionado.

Con relación al transporte se dispone: a) la coordinación del Ministerio de Salud con las autoridades de todas las jurisdicciones para la debida desinfección de medios de transporte; b) idéntica tarea para adoptar medidas de salud pública para restringir el desembarco de pasajeros de naves, aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subtes, trenes; c) suspensión de vuelos hacia o desde las denominadas “zonas afectadas”; d) restricciones a pasajeros que arriben de las “zonas afectadas”; e) se designan autoridades competentes para la identificación de corredores seguros aéreos, marítimos y terrestres, si la autoridad sanitaria identificare que determinados puntos de entrada al país son los que reúnen las mejores capacidades básicas para responder a la emergencia sanitaria declarada; f) los operadores de medios de transporte, internacionales y nacionales, que operan en el país están obligados a cumplir las medidas sanitarias y las acciones preventivas que se establezcan y además deberán emitir los reportes que les sean requeridos.

Con relación a esta “ampliación” de la declaración de emergencia manifestada por el PEN destacamos que se declara a dicho instrumento normativo como de orden público, lo que debemos entender en el sentido de que irradia sus efectos a las relaciones que puedan darse entre privados, sobre todo por las restricciones que sobre las mismas deberán existir. Nos remitimos a lo dicho más arriba al vincular el orden público con lo que clásicamente se denomina poder de policía y la variedad de situaciones en que se ponen de manifiesto tales restricciones. Podríamos también mencionar que no advertimos una clara delimitación de las competencias del Estado Nacional y de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre todo teniendo en cuenta que las cuestiones de salud son de competencia concurrente, sin perjuicio de las cuestiones propias de interjurisdiccionalidad, en las que resultan nítidas las competencias federales; el ejemplo típico es el transporte.

Este DNU es completado por otras normas de igual jerarquía, sobre todo en lo que atañe a la prórroga de la cuarentena impuesta (DNU Nros. 297, 325, 355, 408 y 459, todos del presente año), sin perjuicio de que a través de estos complementos se adoptan otras medidas con relación a la emergencia y a la preservación de la salud de la población, no limitándose, por ende, a la mera prórroga de la emergencia. Del mismo modo existen centenares de normas generales emanadas de los órganos competentes en las distintas áreas de la administración tendientes a poner en práctica todo lo decidido por el PEN y por las directivas del Ministerio de Salud.

Aquellas disposiciones que vinculan al transporte en general a esta emergencia sanitaria declarada serán objeto de tratamiento en los párrafos siguientes.

6. A efectos de poder determinar el alcance de las restricciones impuestas por la emergencia sanitaria en materia de transporte, resulta propicio resaltar que estas limitaciones al desarrollo de la actividad importan, a su vez, limitaciones al ejercicio de una serie de derechos que están vinculados directamente con la prestación de servicios de transporte. Desde luego que en materia de transporte no se puede desconocer que estamos en presencia de una actividad en la que está directamente comprometido el interés general, no exagerando si decimos que la vida en sociedad sería utópica sin transporte. Ello es así tanto en materia de transporte de personas como en el caso de transporte de cargas, lo que motiva la necesaria regulación por parte del Estado.

Ya hicimos referencia al Artículo 14 de la Constitución Nacional, el que al enumerar una gran parte de los derechos de los que gozan los habitantes de la Nación establece como uno de ellos el de trabajar y ejercer toda industria lícita, por lo que debemos reseñar que quien se dedica a la actividad de transporte está haciendo ejercicio de estos derechos. Versión moderna de este derecho es el que podemos denominar como de libertad de empresa, también con directa relación en materia de transporte. El mismo Artículo 14 dispone que otro de los derechos es de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, lo que genéricamente ha sido derecho de locomoción (Sagüés), vinculado también con todo lo atinente al tránsito; todo ello sería de imposible concreción sin un adecuado sistema de transporte. Citamos con el mismo propósito el derecho de libertad de circulación de mercaderías nacionales o extranjeras del Artículo 10, CN, y su correlato con el Artículo 11, que dispone que los artículos de la producción o fabricación nacional o extranjera, como el ganado que pase de una provincia a otra, serán libres de derecho de tránsito.

Con un sentido amplio debemos mencionar al Artículo 42, CN, que alcanza a toda actividad en la que se afecten los derechos de los usuarios y consumidores, reiterando que uno de ellos es el de la protección de la salud en cualquier tipo de actividad que los tengan como sujetos.

Es decir, las limitaciones que puedan imponerse al transporte en materia de emergencia sanitaria, importan la restricción más enérgica no solo en lo que atañe al derecho de realizar actividad de transporte y el consecuente derecho de los usuarios a utilizar estos servicios, sino también en el ejercicio de otros derechos vinculados a esta tan vital actividad.

7. La emergencia en la acepción jurídica que hemos mencionado arriba, no resulta un concepto ni una técnica ajena en lo que respecta al transporte en cualquiera de sus modalidades. Baste mencionar que en los últimos veinticinco años diversas normas de emergencia afectaron, de una manera u otra, a esta actividad, presentándose lo que en general se denominó la emergencia económica permanente. No obstante, es del caso aclarar que no siempre la emergencia tuvo como instrumento principal la pura restricción del ejercicio de derechos, sino que, como ya adelantamos en párrafos anteriores, este instituto fue utilizado con distintos fines vinculados principalmente a lo económico y a lo financiero y para lograr una transformación o un reordenamiento en los sectores involucrados.

En la etapa mencionada podemos citar los siguientes antecedentes: 1) la emergencia declarada en 1989 por las leyes de “Emergencia Económica” y la de “Reforma del Estado” –sobre todo esta última– tuvo en miras salir de la situación de emergencia fiscal y de la administración en la que se hallaba sumido el país, precisamente, a través de la utilización de este instituto. Pero podemos afirmar que la emergencia fue utilizada con un fin transformador, el cual tuvo al transporte como actor central en dichas políticas, destacándose, entre otras modificaciones, las siguientes: a) concesionamiento de los servicios ferroviarios de pasajeros y de cargas; b) venta de la aerolínea de bandera; c) desregulación del transporte aéreo, fluvial y marítimo y también lo concerniente a la actividad portuaria; d) desregulación del transporte automotor de cargas; e) concesión para el dragado y balizamiento de nuestros ríos desde Santa Fe al océano; f) concesión para la explotación de los aeropuertos nacionales. Estas son las principales transformaciones en la materia producto de la ejecución de las referidas leyes; 2) en el año 2000 el Congreso vuelve a declarar la emergencia en lo que atañe a la situación económico financiera del Estado Nacional y la prestación de los servicios y ejecución de contratos a cargo del sector público nacional, la cual, en lo que a nosotros nos interesa, facultaba a rescindir contratos de esta especie, entre los cuales figuraban los que tenían por objeto la prestación de servicios de transporte; 3) en los años posteriores se sancionan las Leyes Nros. 25.414 y 25.453, las que sin una declaración expresa de emergencia pusieron en funcionamiento toda la maquinaria necesaria para que en forma intensa el Poder Ejecutivo intervenga en la ejecución de los contratos oportunamente celebrados en materia de transporte y también en la actividad en general, sobre todo en aquello que involucraba el otorgamiento de subsidios en materia tarifaria, siendo en algunos casos la primera vez en la historia que ello ocurría; 4) en el año 2002 se sanciona la Ley N° 25.561, por la cual se declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, otorgando amplias delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo. A través de la misma se abandona el régimen de convertibilidad de la moneda, de manera tal que se afecta en forma directa a distintos contratos que involucraban inversiones a cargo de particulares en materia de obras y servicios. Se ordena la renegociación de los contratos que involucren estas áreas, los que no se concretaron en gran número en materia de transporte. Sí podemos decir que, al no tener la voluntad política de renegociar contratos en el sector, se dictaron decretos de necesidad y urgencia que declararon la emergencia en la prestación de los servicios emergentes de los contratos celebrados correspondientes al sistema público de transporte ferroviario de pasajeros de superficie

y subterráneo del AMBA y también en materia de transporte automotor de larga distancia. A la emergencia declarada por ley se le añadía una emergencia declarada por decretos de necesidad y urgencia, lo que no representa una técnica legislativa adecuada.

8. Como ha quedado claro esta emergencia sanitaria necesariamente deberá tener efectos muy distintos sobre el transporte si la comparamos con las emergencias arriba mencionadas, la que como hemos afirmado tuvieron una significación importante en la actividad objeto del presente, sobre todo en lo que atañe a las cuestiones económico financieras. El transporte no sólo representa una actividad que necesariamente debe ser regulada en forma intensa por los órganos estatales, sino que también resultará afectada la misma, por las intervenciones que tengan otras actividades e inclusive por las limitaciones que se les presenten a los particulares en su diario accionar. Al enumerar las normas que se han dictado en materia de transporte por efecto de la emergencia sanitaria declarada, quedarán demostradas, en la práctica, las afirmaciones aquí vertidas.

Muchas son las restricciones con relación a la prestación de los servicios de transporte y por ende, las limitaciones de los usuarios en lo que respecta al ejercicio de sus derechos de entrar, circular, permanecer y salir del territorio argentino, pero como ya expresamos más arriba, ello estará sujeto a las leyes que reglamenten el ejercicio de esos derechos altamente limitados por la declaración de la emergencia. De los considerandos del DNU N° 297/2020—que declara el aislamiento social, preventivo y obligatorio—extraemos como fundamento de estas limitaciones, no sólo el artículo de nuestra ley fundamental sino también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica que si bien el derecho de circular no puede ser restringido, ello podrá acontecer siempre que sea mediante el dictado de una ley y que entre otras cuestiones se funde en razones de protección de la salud pública (Artículo 12.3). También —y siempre de acuerdo a los considerandos del mismo decreto— se cita a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que en términos similares habilita la restricción del derecho de circular con el objeto de proteger la salud pública y siempre que dicha limitación surja de una ley (Artículo 22.1).

Para una mejor comprensión de las medidas adoptadas con relación a emergencia sanitaria que produce efectos en el transporte se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos. Así, ponemos en lugar central que el Poder Ejecutivo dispuso lo que se denominó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, por el cual las personas deberán permanecer en sus residencias por un lapso determinado (lo que fue prorrogado), a través del DNU N° 297/2020, mediante el cual también se prorroga la emergencia sanitaria declarada. Quedan exceptuadas de tales medidas una serie de actividades, dejando sentado que, si bien resulta excesivo enumerarlas una por una, podemos resumir la cuestión diciendo que son las que están relacionadas con la subsistencia de la población (productos alimenticios, limpieza, provisión de caudales a bancos, provisión de combustibles, etc.), las comunicaciones y, por supuesto, lo vinculado a la salud pública en el marco de la emergencia declarada. De lo dicho se desprende que el transporte será necesario para que puedan cumplirse con todas esas actividades; en lo que se refiere al sector cargas, para el traslado de los insumos necesarios, y el transporte de pasajeros para el traslado de las personas que deben cumplir tareas en aquellas actividades exceptuadas del mencionado “aislamiento”. Desde luego

que el personal afectado a la actividad del transporte en los términos indicados y en las condiciones que se enunciarán a continuación también estarán exceptuados del “aislamiento”. Cabe aclarar que sucesivamente se fueron ampliando la cantidad de actividades que estaban exceptuadas de este aislamiento y, por ende, también se ampliaron los servicios de transporte que pueden prestarse.

En términos generales, también cabe aludir que todas estas medidas adoptadas por las autoridades restringen la demanda de servicios de transporte –sobre todo en el sector de pasajeros–, por lo que el normal desenvolvimiento de la actividad desde luego se resentirá. Si la generalidad no puede movilizarse, resulta evidente que se reducirá la cantidad de pasajeros que diariamente utilizan este tipo de servicios. Ello es lo que acontece en el transporte urbano y suburbano de pasajeros (automotor y ferroviario), siendo mucho más severo en el transporte de larga distancia (interurbano e internacional), el cual está totalmente suspendido, tanto sea el que se realiza a través de automotores como el transporte aéreo.

El tema de las competencias territoriales también deberá ser mensurado, toda vez que quedará reservado a la competencia nacional, todo aquello que se refiera al denominado transporte interjurisdiccional y a la competencia provincial o municipal –según el caso–, el transporte que no trascienda los límites de su respectivo territorio.

Dentro de todo este esquema podemos reseñar las medidas adoptadas en materia de transporte –haciendo hincapié en el transporte de competencia federal– de la siguiente manera:

a) Transporte de cargas. Por DNU mencionado en segundo término quedó exceptuado de toda restricción de aislamiento el transporte de mercaderías, petróleo y combustibles, a lo que debemos añadir todo lo que concierne al transporte vinculado a caudales, recolección de residuos, vinculado al comercio internacional, relacionado con la comercialización y exportación de productos agropecuarios, entre las principales actividades. Todo el personal afectado a estos servicios de transporte deberá contar con la certificación predeterminada emitida por los órganos correspondientes. Finalmente digamos que en la realización de este tipo de transporte se deberá contar con elementos que protejan del contagio a los trabajadores que intervengan no solo en la actividad de transporte propiamente dicha, sino también en lo que atañe a las actividades vinculadas a las mismas, como puede ser la descarga, el acarreo, almacenamiento y la logística. Todo ello representa un aumento de costos, los que podrán ser trasladados al precio del flete toda vez que los precios son de libre fijación. La Ley de Transporte Automotor de Cargas N° 24.653 habilita a este tipo de medidas excepcionales basadas en situaciones de emergencia por parte de la autoridad de aplicación.

b) Transporte urbano de pasajeros. Automotor y ferroviario. Con relación a los servicios de pasajeros la situación es más compleja, al menos desde su efectiva implementación, porque si bien en lo que atañe a los servicios urbanos y suburbanos los mismos resultan necesarios a los efectos de efectuar el traslado de aquellas personas que cuenten con la debida autorización para circular y ella estuviere certificada, estos servicios tendrán una cantidad de limitaciones que pasan en general por la disminución de las

frecuencias, la reducción de la cantidad de pasajeros por unidad, por los recaudos especiales que deben adoptar los conductores de los vehículos y por las indicaciones que deben respetar aquellos pasajeros respecto del ascenso y descenso de los mencionados vehículos al inicio y finalización del viaje, respectivamente. Se deberán evitar las aglomeraciones de pasajeros en todo tipo de terminales, o sea, portuarias, aeroportuarias, ferroviarias, de transporte automotor.

La ampliación de las excepciones para la realización de actividades económicas determinó que ello podrá aprobarse siempre y cuando el empleador asegure que su personal no utilizará el servicio de colectivos, trenes o subte para la concurrencia a sus lugares de trabajo (DNU N° 459/2020). En la misma norma se hace mención a que las empresas podrán contratar servicios de oferta libre, taxis, remises, etc., para el aseguramiento de aquel traslado. Recordamos que la normativa vigente en el orden nacional (Decreto N° 656/1994) contempla la prestación de servicios denominados “contratados”, siendo “aquellos pactados entre el transportista y una persona jurídica, pública o privada, o una persona física, mediante la suscripción de un contrato cuyo objeto es el traslado de sus miembros, personal o clientela, fijándose origen y destino del servicio, sin atender al carácter oneroso o gratuito que el transporte tenga para las personas transportadas”. La imposibilidad de que se utilicen servicios de transporte público general para estos trabajadores, importa también una limitación en la demanda del sector, pero puede utilizarse esta figura de los servicios “contratados” para la utilización de las unidades motoras que se encuentran fuera de la operación celebrando contratos con las respectivas empresas.

En base a recomendaciones emanadas del Ministerio de Salud—autoridad de aplicación de lo que concierne a la emergencia sanitaria—, los órganos competentes en materia de transporte dictaron una cantidad considerable de resoluciones con el objeto de cumplir con lo allí indicado y para poner en ejecución las limitaciones que fueron mencionadas anteriormente. Como ya hemos adelantado, estas limitaciones refieren a lo siguiente: a) reducción de frecuencias de los servicios de transporte automotor y ferroviario urbano y suburbano; b) limitación en el uso de las unidades de traslado de pasajeros a los fines del mantenimiento del “distanciamiento social”, es decir, sólo traslado de pasajeros sentados; c) utilización de elementos necesarios para evitar el contagio del virus por parte de los pasajeros (tapaboca o barbijos); d) medidas de aislamiento de los conductores mediante la colocación de mamparas y utilización por parte de los mismos de elementos que eviten el contagio; e) los pasajeros deberán contar con la documentación que acredite que está dentro de alguna de las excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, generalmente que realice a alguna actividad de las normativamente exceptuadas (ver Resoluciones del Ministerio de Transporte Nros. 64, 71, 73, 89, 95, todas del corriente año).

Los denominados servicios de “oferta libre” (combis, servicios contratados, servicios de traslado a puertos y aeropuertos, etc.) estuvieron suspendidos en cuanto a su realización, no obstante que se autorizaban excepciones a dichas suspensiones. Luego, y con fundamento en la ampliación de la nómina de actividades que están exceptuadas del aislamiento, se dispuso la reanudación de este tipo de servicios con las siguientes indicaciones: a)

distanciamiento social, es decir, que los servicios deberán prestarse con una ocupación máxima del 60 %; b) uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón para las personas que circulen o permanezcan en los servicios de transporte; c) retiro de cortinas, visillos y otros elementos que pudieran retener el virus en su entramado; d) cada pasajero deberá portar el certificado de circulación que corresponda (ver Resolución Ministerio de Transporte N° 107/2020).

En materia de transporte automotor y ferroviario de pasajeros de carácter urbano y suburbano se dictan las disposiciones del Decreto N° 656/1994 y de la Ley N° 27.132 –que rigen a cada uno de ellos respectivamente–, que habilitan a la autoridad de aplicación a adoptar medidas para la protección de la seguridad y de la salud de los usuarios de dichos servicios. Desde luego que lo referido es con relación al transporte de jurisdicción federal, quedando a consideración de las respectivas autoridades provinciales y municipales la adopción de las medidas que cumplan con lo decidido en materia de la emergencia sanitaria declarada.

También haremos mención a que, de acuerdo a un protocolo dictado por el Ministerio de Transporte, al estar limitada la capacidad de transporte de personas en las formaciones ferroviarias (solo pasajeros sentados), se dispone que se afectarán unidades de transporte automotor de pasajeros para suplir esa obligada falta de capacidad en el traslado de pasajeros en los servicios ferroviarios. También podrán utilizarse unidades destinadas a los servicios de larga distancia a esos fines. No se aclara cuál será la forma de retribución por la prestación de dichos servicios, ni tampoco la organización de este sistema sustitutivo. En el marco de las ampliaciones en las actividades aludidas el Ministerio de Transporte dispuso que los transportes urbanos y suburbanos –ferroviario y automotor– prestarán los servicios con las frecuencias normales, no obstante las limitaciones en lo que hace a la ocupación de las unidades (solo pasajeros sentados).

c) Transporte automotor interurbano e internacional. Transporte aéreo de cabotaje e internacional. Ya hemos aludido a la suspensión total de los servicios de transporte automotor y ferroviario de pasajeros interurbano e internacionales (larga distancia) y de los servicios de cabotaje comercial y aviación general. Desde luego que estas restricciones contarán, a su vez, con las debidas excepciones (ver Resoluciones del Ministerio de Transporte Nros. 64 y 71, del corriente año), las que en su mayoría tendrán fundamento en cuestiones que hacen a la protección de la salud, el regreso de personas desde distintos puntos del país a su domicilio o cuando ello sea requerido –y autorizado– por las autoridades correspondientes. En lo que respecta al transporte automotor de estas características la reciente disposición de ampliación de las actividades no incluidas en el “aislamiento” reitera la prohibición en su prestación, pero se autoriza a realizar este tipo de transporte para traslado de aquellas personas que deban desplazarse para cumplir con las tareas asignadas en dichas actividades que gozan de la mentada excepción (Artículo 11, DNU N° 459/2020).

En materia de transporte aéreo sólo se permite la realización de servicios de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional en la medida en que se encuentren autorizados por el ente competente (Administración Nacional de Aviación Civil, ANAC), si se tratare

de vuelos humanitarios de repatriación de connacionales (Resoluciones Nros. 100 y 143 de este año). Vinculado con esta temática, con motivo del aislamiento decretado, se prohibió el ingreso al territorio nacional de extranjeros no residentes y, luego, de residentes y de argentinos con residencia en el exterior, sin perjuicio de establecer un marco para programar, con relación a estos últimos, su reingreso paulatino (ver los DNU antes citados y las Resoluciones del Ministerio de Transporte también citadas). La ANAC autorizó a las líneas aéreas a comercializar pasajes a ser utilizados en vuelos regulares y no regulares a partir del 1º de septiembre, sin brindar mayores precisiones con relación a la determinación de esa fecha (Resolución ANAC N° 144/2020).

9. Queda por hacer alguna referencia respecto de una posible responsabilidad estatal al adoptar este tipo de decisiones en el marco de la emergencia sanitaria declarada. Entendemos que, por regla general, en el marco de esta emergencia, producto de una pandemia declarada como tal por organismos internacionales y reconocida por nuestra legislación, estas limitaciones al ejercicio de los derechos involucrados no son indemnizables. Esta premisa resulta de aplicación con relación a todas las restricciones en materia de transporte y que fueran detalladas en las páginas que anteceden, máxime teniendo en cuenta que tienen su origen en el cumplimiento de la obligación estatal de protección del derecho a la salud y en este caso la obligación de prevenir enfermedades. Debe primar, en primer término, el bien común en pos de satisfacer exigencias de bien público o interés general.

Algunas salvedades a la afirmación vertida: no exime al Estado de responsabilidad si las decisiones que se adopten están fuera de la legalidad que debe presidir toda actuación estatal. Pensamos en la irrazonabilidad de la medida o la violación del derecho a la igualdad, o directamente la supresión total del derecho de propiedad. Estaríamos así en presencia de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo.

Otra cuestión a tener en cuenta es que en el sector transporte existen servicios que son prestados por empresas estatales, como es el caso de líneas de transporte ferroviario de pasajeros o la línea aérea de bandera, las que como cubren sus déficits con fondos del presupuesto nacional, sólo se trataría de aumentar dicho aporte en el caso de que las restricciones impuestas con motivo de la emergencia generaren mayores pérdidas en la operación.

Esta ausencia de responsabilidad estatal no impide que el Estado compense a las empresas que están impedidas de prestar servicios o que encuentren sus operaciones limitadas por las razones que más arriba se indicaron, sobre todo con el objeto de no afectar al personal de las mismas y para que estas restricciones no conduzcan a su desaparición por efecto de la limitada o nula operación comercial. En este sentido debemos tener en cuenta que podrían estas empresas hallar una compensación al utilizar sus unidades –en el caso del transporte automotor– para prestar servicios de transporte distintos a los que son propios de su giro normal; ej.: utilizar las unidades tractoras para que no se resienta al servicio de transporte ferroviario de pasajeros, o bien, para alquilar éstas a las empresas que deban trasladar al personal desde su domicilio a sus lugares de desempeño laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- Barra, Rodolfo C, *Tratado de derecho administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992.
- Canosa, Armando N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Canosa, Armando N., “El transporte en la emergencia actual”, en *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- Crivelli, Julio C., *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Diez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987.
- Francavilla, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, en *Cuestiones de Intervención Estatal*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.
- Gallegos Fedriani, Pablo, “Poder de policía y poder de policía en la emergencia”, *Documentación Administrativa*, Nros. 267-268, Madrid, INAP, 2003/2004.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- Sagüés, Néstor P, *Elementos de derecho constitucional*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1999.

INVESTIGACIÓN SOBRE EMERGENCIA SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA A PARTIR DEL COVID-19. RÉGIMEN ENERGÉTICO

HÉCTOR M. POZO GOWLAND*

1. INTRODUCCIÓN

El coronavirus es un fenómeno que no registra antecedentes. Afecta a todos los países, a todos los sectores sociales y a todas las actividades económicas. Sin embargo, su impacto ha sido diferente en cada situación. Las primeras evaluaciones indican que la pandemia no tendrá efectos transitorios, sino que provocará cambios económicos, sociales y culturales que se extenderán en el tiempo.

Analizaremos los efectos del COVID-19 en el ámbito de la energía, enfocados respecto del suministro de la energía eléctrica y del gas natural.

2. ESQUEMA BÁSICO DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO Y DE GAS

El análisis del impacto del coronavirus debe partir de cómo funciona la actividad energética.

* Abogado de la UBA. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la UCA. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Premio Miguel Marienhoff y Mención de Honor de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Socio del Estudio Pozo Gowland Abogados. Asesor y miembro del directorio de empresas energéticas.

a. Energía eléctrica

El suministro de energía eléctrica a los usuarios—residenciales, comerciales, industriales y a los organismos y espacios públicos— es el resultado de la actividad llevada a cabo por los generadores, transportistas y distribuidores.

El transporte y la distribución son servicios públicos, mientras que la generación destinada a abastecer de energía a un servicio público es considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren su normal funcionamiento¹.

La interrelación entre los generadores, transportistas y distribuidores tiene lugar en el Mercado Eléctrico Mayorista—MEM—, quienes junto con los Grandes Usuarios son los Agentes del MEM².

El despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), que organiza el ingreso de la generación para cubrir la demanda a través del sistema de transporte, está a cargo de CAMMESA³.

La generación y el transporte de energía eléctrica están sujetos a la jurisdicción federal⁴. La distribución está sometida a la jurisdicción local en cuanto a la prestación del servicio, pero los Distribuidores se encuentran también alcanzados por la jurisdicción federal en cuanto Agentes del MEM.

El sistema eléctrico desde lo operativo funciona conforme las reglamentaciones que dicta la Secretaría de Energía de la Nación⁵, y las instrucciones de CAMMESA.

En el MEM tienen lugar las prestaciones entre los Agentes, por la cuales CAMMESA liquida mensualmente los créditos y débitos que corresponden por las ventas de potencia y energía⁶ de los Generadores, el servicio de transporte que permite vincular la generación con la distribución, y las compras de potencia y energía por los Distribuidores y los Grandes Usuarios.

¹ Ley N° 24.065, Art. 1°.

² Pozo Gowland, Héctor M., “Las tarifas en el transporte y la distribución de energía eléctrica”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, n° 4, febrero/abril 2015.

³ Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. Es una sociedad anónima sin fines de lucro, presidida por el Secretario de Energía, cuyos accionistas en partes iguales son el Estado Nacional y las Asociaciones de Generadores, Transportistas, Distribuidores y Grandes Usuarios de energía eléctrica.

⁴ Ley N° 15.336.

⁵ Estas reglamentaciones integran los Procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios, a partir de las Resoluciones Nros. Ex-SEE 61/92 y sus modificaciones. Su recopilación la realiza CAMMESA y se pueden consultar en <https://portalweb.cammesa.com/Pages/BackupBotoneraAneriorIzquierda/Normativa/procedimientos.aspx>.

⁶ Potencia es la capacidad y disponibilidad de un generador a producir energía. Energía es la electricidad efectivamente producida en el tiempo.

Los precios de la potencia y la energía y las tarifas del transporte los fija el Estado Nacional, a través de la Secretaría de Energía y el ENRE, mientras que las tarifas de distribución son determinadas por los Reguladores Provinciales⁷. A estos precios se agregan los subsidios⁸, que son aportados por el Estado Nacional con fondos del Tesoro.

El suministro eléctrico requiere en términos técnicos contar con el equipamiento necesario de los sistemas de generación, transporte y distribución para cubrir la demanda en cada momento, con un adecuado sistema operativo de coordinación. Como la energía eléctrica no puede almacenarse, si la oferta es menor que la demanda, la consecuencia es el corte o la baja de tensión en el suministro.

Además de la eficiencia operativa, desde lo económico financiero, el abastecimiento eléctrico requiere precios representativos de los costos de cada una de las etapas—generación, transporte y distribución—, y el mantenimiento de la cadena de pagos entre los Agentes del MEM, que tiene lugar en CAMMESA, como resultado de las transacciones que mensualmente liquida.

El precio de la potencia y la energía lo fija la Secretaría de Energía en base a estudios y proyecciones que realiza CAMMESA. El precio considera los costos propios de la generación y los del combustible⁹.

Las tarifas del transporte y la distribución eléctrica, a quienes operen en forma económica y prudente, deben brindar ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, los impuestos, las amortizaciones y una rentabilidad razonable. Los distribuidores trasladan en las tarifas de sus usuarios el precio de la energía eléctrica que pagan a los generadores¹⁰.

⁷ En el caso de Edenor y Edesur las tarifas vigentes también las fijó el ENRE. Ambos contratos de concesión fueron transferidos del Estado Nacional a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la Ley N° 27.467. El proceso de transferencia ha tenido numerosos obstáculos e inconvenientes, estando pendiente de diversas definiciones. La Ley N° 27.541 en su Art. 7° dispuso: “Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 124 de la Ley N° 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor), Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur)”.

⁸ El Estado Nacional asume el costo de los subsidios originados en la tarifa social que se aplica sobre el precio de la energía.

⁹ Si bien la Ley N° 24.065 prevé que cada Generador gestione y realice la compra del combustible, estas operaciones se encuentran actualmente a cargo de CAMMESA.

¹⁰ Ley N° 24.065, capítulo IX.

b. Gas natural

El abastecimiento de gas natural es también el resultado de la actividad de productores, procesadores, transportistas, distribuidores y comercializadores. Sin embargo, a diferencia del sector eléctrico que se rige de manera integral por la Ley N° 24.065¹¹, la producción, captación y tratamiento de gas natural están regidos por la Ley N° 17.319 de Hidrocarburos, en tanto que el transporte y la distribución se encuentran sometidos a la Ley N° 24.076.

El gas es un punto neurálgico de la política energética, no solo para el abastecimiento de los consumidores residenciales e industriales, sino también por ser el combustible más importante de la generación eléctrica. A marzo de 2020, la generación térmica representa un 61 % de la matriz energética argentina¹². Por eso el nivel de precios del gas natural tiene un impacto directo en los consumidores energéticos, e indirecto en el resto de la economía, por la alta dependencia del sistema a este combustible.

El transporte y la distribución son servicio público, sujetos en todos los casos a la jurisdicción federal; no cuentan con un ámbito integrado de actuación, como es el que desempeña CAMMESA en la industria eléctrica.

De todas formas, el abastecimiento de gas natural exige que los sujetos de la industria actúen en forma integrada para que la producción, el transporte y la distribución cubran la demanda. Al igual que en la electricidad, se requiere también la continuidad de la cadena de pagos.

Si bien de acuerdo a la Ley N° 17.379 la producción de gas natural es una actividad desregulada y el precio del gas se determina por la interacción de oferta y demanda en el mercado mayorista del gas, a partir del Decreto PEN N° 181/2004, el Estado Nacional intervino el mercado de determinación del precio del gas a distribuidoras, con diferentes modalidades—fijando senderos de precios, celebrando acuerdos, convocando a subastas¹³.

Para las tarifas del transporte y la distribución de gas natural rigen las mismas reglas que en el servicio eléctrico. Quienes operen en forma económica y prudente deben obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable. Los distribuidores trasladan en las tarifas de sus usuarios el precio del gas natural que pagan a los productores¹⁴.

¹¹ La Ley N° 24.065 establece el marco regulatorio eléctrico a nivel federal, respecto de las actividades eléctricas sometidas a la jurisdicción federal por la Ley N° 15.336. Las restantes actividades eléctricas, que básicamente no trascienden los límites provinciales, se rigen por las leyes locales, que en general han adherido a la Ley N° 24.065 o reiteran sus disposiciones.

¹² Ver <https://portalweb.cammesa.com/MEMNet1/Informe%20Mensual/Informe%20Mensual.pdf>.

¹³ Bondorevsky, Diego, “El papel de la política de precios del gas natural. De la intervención a las subastas”, <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/07/211-DPP-ADE-El-papel-de-los-precios-del-gas-natural-Bondorevsky-junio-2019.pdf>.

¹⁴ Ley N° 24.065, capítulo IX.

3. LA ENERGÍA AL INICIO DE LA PANDEMIA

Al inicio del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto N° 297/2020, que tuvo sucesivas prórrogas, la situación del transporte y la distribución de electricidad y gas natural era la siguiente.

a. Transporte de energía eléctrica

Las tarifas fueron fijadas por el ENRE como resultado de la Revisión Tarifaria Integral –RTI– que precisó los cuadros tarifarios para cada concesionaria¹⁵, vigentes a partir del 1° de febrero de 2017, que debían ajustarse semestralmente. El último ajuste entró en vigencia en agosto de 2019, sin que se efectuara el correspondiente a febrero de 2020. A la falta de ajuste, se agregó la distorsión entre los ingresos fijados en pesos, y los incrementos de costos de los Planes de Inversión a realizar, afectados por las limitaciones a las importaciones y el aumento del tipo de cambio ocurrido a partir de 2019.

b. Distribución de energía eléctrica

Para Edenor y Edesur rigen los cuadros tarifarios que con vigencia a partir del 1° de febrero de 2017 fijó el ENRE para el período tarifario quinquenal hasta el 31 de enero de 2022, como resultado de la RTI. Allí se había dispuesto el ajuste semestral de la tarifa, cuya aplicación fue sucesivamente postergada, y la ejecución de un Plan de Inversiones durante el quinquenio. A ello se agregaba la disminución general del consumo eléctrico desde mediados de 2019¹⁶.

En los casos de las Distribuidoras Provinciales, para cada una de ellas rige el cuadro tarifario dispuesto por el Ente Regulador o la autoridad administrativa de la respectiva provincia. En muchos casos se reclamaban demoradas en los ajustes semestrales y atrasos tarifarios, generando así importantes demoras en la cancelación de los pagos en CAMMESA.

c. Transporte de gas natural

Luego de numerosas postergaciones, las Licenciatarias celebraron las Actas Acuerdos de Adecuación del Contrato de Licencia de Transporte de Gas Natural en marzo de 2017, con el compromiso de ajustes semestrales, que se omitió realizar a partir del previsto en el mes de octubre de 2019, generando, así, un atraso tarifario.

¹⁵ El transporte de energía eléctrica puede ser en alta tensión –carga de Transener S.A. como una concesionaria–, por distribución troncal, y de interconexión internacional.

¹⁶ Ver <http://energiaytransporte.com.ar/Noticias/Noticias-202002/Historica-caida-del-consumo-electrico-en-2019.html>.

d. Distribución de gas natural

La misma situación enfrentaron las Licenciatarias del servicio público de distribución de gas natural.

4. LOS CAMBIOS NORMATIVOS CON MOTIVO DEL CORONAVIRUS

Al comienzo de la pandemia ya estaba vigente la emergencia pública en materia tarifaria y energética hasta el 31 de diciembre de 2020, declarada por la Ley N° 27.541 de “Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”¹⁷. Esta norma es relevante, en lo que hace al sector energético, por cuanto:

- Otorgó una amplia delegación legislativa en favor del Poder Ejecutivo Nacional, siendo las bases de la delegación en materia energética: “Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos” (Art. 2º, inc. b).

- Facultó al Poder Ejecutivo nacional a mantener las tarifas de electricidad y gas natural y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario. Invitó a las provincias a adherir al mantenimiento de los cuadros tarifarios (Art. 5º)¹⁸. Ello significó el congelamiento tarifario.

- Facultó al Poder Ejecutivo nacional a intervenir administrativamente el ENRE y el Enargas por el término de un (1) año (Art. 5º)¹⁹.

Con fundamento en estas normas, el Enre y el Enargas no aplicaron los ajustes tarifarios que correspondían para el transporte y la distribución de electricidad y gas natural.

Para enfrentar la pandemia por el Decreto N° 297/2020 ordenó a partir del 20 de marzo de 2020 el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y que las personas debían permanecer en sus residencias y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, sin poder desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, por un período inicial que fue

¹⁷ Artículo 1º - Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el Artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020.

¹⁸ Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de las Leyes Nros. 24.065, 24.076 y demás normas concordantes, a partir de la vigencia de la presente ley y por un plazo máximo de hasta ciento ochenta (180) días, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias para el año 2020. Invítase a las provincias a adherir a estas políticas de mantenimiento de los cuadros tarifarios y renegociación o revisión de carácter extraordinario de las tarifas de las jurisdicciones provinciales.

¹⁹ Las intervenciones tuvieron lugar mediante los Decretos Nros. 277/2020 y 278/2020.

sucesivamente prorrogado²⁰. Sin embargo, en su Artículo 6° exceptuó de la obligación de aislamiento²¹ a personas afectadas a actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, calificándose así –entre otros– al personal afectado a obra pública (inc. 10); transporte de petróleo, combustibles y GLP (inc. 18), y las guardias mínimas que aseguren la generación, el transporte y la distribución de energía eléctrica (inc. 23)²². Luego la Decisión Administrativa N° 468/2020 incluyó a la “obra privada de infraestructura energética” dentro del listado de actividades que pueden circular durante la cuarentena.

A partir de esta norma fueron dictadas varias disposiciones de alcance general, que llegaron a los servicios públicos en su conjunto, comprendiendo a los de la energía.

En función del impacto económico y social del aislamiento, por el Decreto N° 311/2020 se dispuso: “Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el Artículo 3°, en caso de mora o falta de pago de hasta tres (3) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1° de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso” (Art. 1°). Agregó: “Si los usuarios y las usuarias que cuentan con sistema de servicio prepago de energía eléctrica no abonaren la correspondiente recarga para acceder al consumo, las empresas prestadoras deberán brindar el servicio de manera normal y habitual durante el plazo previsto en el Artículo 1° del presente” (Art. 2°).

Mediante la Resolución N° 173/2020, el Ministerio de Desarrollo Productivo reglamentó el Decreto N° 311/2020:

- Creó la Unidad de Coordinación para cumplir con los fines dispuestos en el Decreto N° 311/2020.

- Delegó en la Unidad la facultad de incorporar otros beneficiarios para que no se les corte el suministro

- Los usuarios no alcanzados podían solicitar su inclusión, acreditando una merma de 50 % o más en su capacidad de pago.

- Las empresas prestadoras de servicios públicos debían remitir a la Unidad el listado de la totalidad de usuarios susceptibles de cortes por falta de pago. También debían informar a las respectivas autoridades regulatorias, las condiciones y/o modalidad de los planes de pago que pondrán a disposición de los usuarios y usuarias alcanzados.

²⁰ Decreto N° 408/2020.

²¹ Posteriormente ampliados por las Decisiones Administrativas N° 429/2020, N° 450/2020, 468/2020 y 524/20209.

²² Con respecto a la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica, el Decreto PEN N° 297/2020 dispone la obligación de mantener guardias mínimas que aseguren el transporte de energía eléctrica. Por otro lado, la Disposición N° 6/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo recomienda, entre otras cosas, reducir la dotación al mínimo posible, sin que aumente la situación de riesgo del trabajador y atendiendo las urgencias que presente el servicio esencial.

- Determinó la suspensión de los avisos preventivos de corte.

- En caso de producirse la mora o falta de pago de facturas de un usuario sobre el cual hubiera dudas, la empresa prestadora, con carácter previo a la emisión del aviso de corte, debe intimarlo a que acredite, dentro de los 5 días, que se encuentra alcanzado por el beneficio. El usuario hará la acreditación de forma remota al Enargas, quien la informará a la empresa distribuidora.

- En el caso de los servicios de electricidad, gas en red y agua corriente, serán pagaderos por los usuarios y usuarias en treinta (30) cuotas mensuales iguales y consecutivas, comenzando la primera de ellas con la primera factura regular a ser emitida por las distribuidoras a partir del 30 de septiembre de 2020. Sin perjuicio de que el usuario o usuaria pueda solicitar su cancelación con anterioridad y/o en menor cantidad de cuotas. La financiación descrita en el párrafo precedente devengará intereses en función de las tasas que defina la Unidad.

- La Subsecretaría de Hidrocarburos debía informar respecto de los volúmenes normales de comercialización de gas licuado de petróleo (GLP) en las garrafas, cilindros y/o granel con destino a consumo del mercado interno, el valor del Programa Hogar y el precio de mercado del producto en cilindros y/o granel con destino residencial a la fecha de publicación del Decreto N° 311/2020, y los mecanismos necesarios con el fin de garantizar el adecuado abastecimiento de la demanda residencial. Los precios del GLP podrán fluctuar por niveles inferiores al establecido en el Artículo 6° de dicho decreto, cuando los mecanismos de fijación de precios de dicho fluido así lo permitan.

Por el Decreto N° 298/2020 se suspendió el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la LNPA y su Decreto Reglamentario, lo cual fue luego prorrogado²³. Se exceptuó de la suspensión de los plazos a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260/2020 y sus normas modificatorias y complementarias.

De manera particular para los servicios energéticos.

Respecto del sector de la energía eléctrica se dispuso:

1. Disposición Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 06/2020: aprobó el documento “Emergencia Pandemia COVID-19. Recomendaciones Especiales para Trabajos del Sector de la Energía Eléctrica”. Recomendó la dotación al mínimo posible, sin que aumente la situación de riesgo del trabajador y atendiendo las urgencias que presente el servicio esencial.

2. Resolución ENRE N° 3/2020: instruyó a las distribuidoras a suspender en forma completa la atención al público, procediendo con el cierre de la totalidad de las Oficinas Comerciales. La suspensión de la atención presencial en oficinas comerciales impidió el pago de las facturas por quienes lo realizan de manera presencial en esos locales.

²³ Decreto N° 372/2020.

3. Resolución ENRE N° 5/2020: instruyó a las empresas transportistas de energía eléctrica a que extremen las medidas para asegurar el funcionamiento de sus centros de control. Debieron actualizar y presentar sus respectivos Planes de Emergencia²⁴.

4. Resolución ENRE N° 6/2020: instruyó a Edenor y Edesur que extremaran las medidas para asegurar el funcionamiento de los respectivos centros de control y la operación y despacho de las Redes de Alta Tensión (AT), Media Tensión (MT) y Baja Tensión (BT), debiendo actualizar y presentar sus respectivos Planes de Emergencia²⁵.

5. Decisión Administrativa N° 524/2020: permitió desde el 20-4-2020 la apertura de los establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos, con asignación de turnos previos (los usuarios pueden pagar presencialmente las facturas de las distribuidoras).

6. Resolución ENRE N° 10/2020: instruyó a las Distribuidoras a ampliar, como mínimo, a 150 kWh, el monto de las recargas, destinadas a dar cumplimiento al Artículo 2° del Decreto N° 311/2020, de forma tal de garantizar el servicio de energía eléctrica de manera normal y habitual a los usuarios que cuentan con el sistema de servicio prepago²⁶.

En cuanto al gas natural:

1. Resolución Enargas N° 2/2020: dispuso que mientras se mantenga el aislamiento las distribuidoras deben suspender totalmente la atención presencial en oficinas comerciales, debiendo reforzar las medidas adoptadas que permitan continuar con la atención a los usuarios a través de los canales no presenciales.

2. Decisión Administrativa N° 524/2020: permitió desde el 20-4-2020, la apertura de los establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos, con asignación de turnos previos (los usuarios pueden pagar presencialmente las facturas de las distribuidoras).

²⁴ Al respecto debían detallar: (i) Totalidad de dotación de operadores, cantidad de turnos, conformación de los turnos, operadores de reserva. (ii) Medidas adoptadas para preservar la salud del personal de operaciones. Traslado del mismo. (iii) Medidas a adoptar frente a la contaminación de operadores y del centro de control. (iv) Disponibilidad de centro de control de resguardo y/o de despachos regionales, si se encuentra/n completamente operativo/s, factibilidad de operación remota. Cronogramas de implementación en caso de corresponder.

²⁵ A tal fin debían detallar: (i) Totalidad de dotación de operadores, cantidad de turnos, conformación de los turnos, operadores de reserva. (ii) Medidas adoptadas para preservar la salud del personal de operaciones. Traslado del mismo. (iii) Medidas a adoptar frente a la contaminación de operadores y del centro de control. (iv) Disponibilidad de centro de control de resguardo, si se encuentra completamente operativo, factibilidad de operación remota. Cronogramas de implementación en caso de corresponder.

²⁶ El Art. 3° de la reglamentación del Decreto N° 311/2020 exige que las distribuidoras informen el conjunto de usuarios que cuentan con sistema de servicio prepago de energía eléctrica, cuya recarga correspondiente al período del mes de marzo del corriente y/o subsiguientes no se hubiere efectuado en tiempo y forma, y respecto de los cuales, no obstante, deberán brindar el servicio de manera normal y habitual durante el plazo de 180 días.

3. Resolución Enargas N° 25/2020: las prestadoras del servicio de distribución de gas por redes, durante el lapso de vigencia del Decreto N° 297/2020, podrán, tanto para Usuarios no Residenciales y Usuarios Residenciales nuevos en el servicio, sin valores de consumo históricos o con datos históricos de consumo menor a un año, tomar el estado de medidor respectivo bajo declaración jurada del cliente, estableciendo que a esos efectos deberán utilizarse aplicaciones, entornos del sitio web u otras herramientas informáticas que pudieran habilitar a fin de recibir las declaraciones juradas de los usuarios y su información correspondiente. Las diferencias a favor del usuario, como consecuencia de volúmenes en exceso respecto a la lectura real obtenida, por una factura ya emitida con consumo estimado, deberán ser reintegradas en la/s factura/s siguiente/s; salvo que el usuario formule un reclamo con relación a tal consumo estimado, para lo cual, el ajuste de la facturación se efectuará en el marco de la resolución del mismo.

4. Resolución Enargas N° 35/2020: a los efectos de la facturación, se deberá considerar, a favor del usuario, el menor consumo registrado correspondiente a igual período al que se procede a estimar, sobre la base de los consumos históricos del usuario de los últimos tres años. Dicha decisión alcanza a los usuarios, a quienes por aplicación del Artículo 14, inc. h del Reglamento del Servicio de Distribución²⁷ se les efectúe una facturación estimada y a aquellos usuarios comprendidos en la Resolución N° 25/2020 que no hicieran uso del mecanismo allí contemplado.

5. Resolución Enargas N° 27/2020 (fue dictada con motivo de la pandemia, sino en razón de la emergencia declarada por la Ley N° 27.541): derogó la Resolución Enargas N° 72/2019, que había aprobado la “Metodología de Traslado a tarifas del precio de gas y Procedimiento General para el Cálculo de las Diferencias Diarias Acumuladas”²⁸. Según mencionan los considerandos, la reglamentación derogada le impedía al Enargas analizar la libre contratación en la compraventa de gas de parte de las distribuidoras y, por tanto, al habilitar un pase casi automático a tarifas, le imposibilita de realizar un juicio de razonabilidad en cada caso particular sobre la formación contractual del precio que va a incorporar a

²⁷ El Reglamento del Servicio de Distribución (T.O. Resolución Enargas N° I-4313/17), en su Art. 14, inc. h, determina que, cuando las distribuidoras no puedan leer el medidor, podrá estimarse la cantidad de gas suministrada y presentar una factura con consumo estimado, indicando en la misma que se trata de una Lectura Estimada (LE).

²⁸ La “Metodología” se determinó cuando la Secretaría de Gobierno de Energía aprobaba, mediante Resolución N° Resol-2019-32-APN-SGE#MHA, un mecanismo para el concurso de precios para la provisión de gas natural en condición firme para el abastecimiento de la demanda de usuarios de servicio completo de las prestadoras del servicio público de distribución de gas por redes e instruí a MEGSA a que dicte las normas complementarias que considere necesarias para la organización e implementación de los mecanismos de concursos de precios aprobados. Para trasladar el precio de las compras de gas a la tarifa se considerará, en principio, satisfecho el cumplimiento de la certificación requerida por el Decreto N° 1.411/1994, en el marco de la adecuada evaluación que debe realizar el Enargas de los contratos de adquisición de gas para su eventual traslado a tarifas, si dichos contratos provienen de subastas públicas realizadas en el ámbito del MEGSA, en tanto las mismas cumplan con las previsiones determinadas en el Artículo 8° del Decreto N° 1.053/2019.

la tarifa del usuario. La resolución no aprueba una nueva metodología, sino que menciona que el Enargas reasume plena competencia para controlar el precio de los contratos suscriptos entre los distribuidores y productores, previo a trasladar el mismo a la tarifa.

6. Resolución Enargas N° 30/2020 (se dictó con motivo de la pandemia, sino en razón de la emergencia declarada por la Ley N° 27.541): convocó a las Licenciatarias del Servicio Público de Distribución de gas por redes a participar de una Mesa de Trabajo Permanente. Las propuestas que surjan de la Mesa de Trabajo no serán vinculantes para el Enargas, sin perjuicio de otorgarle el tratamiento que corresponda en el marco de su competencia y conformidad con la misma.

7. Nota de la Secretaría de Energía N° 25148550 del 10-4-2020: instruyó a las empresas productoras de gas natural a renovar, hasta la fecha de vencimiento del plazo establecido en el Artículo 5° de la Ley N° 27.541 (30-6-2020), en los mismos términos y condiciones, la vigencia de todos los acuerdos de suministro (dentro y fuera del sistema de transporte) y de adquisición de gas natural, cuyo vencimiento haya operado u opere en el período comprendido entre el 31-3-2020 y el 30-6-2020.

8. Conflicto entre productores y distribuidores. Nota del 23-4-2020 de la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (CEPH) enviada a la Subsecretaría de Hidrocarburos: se expresó que las Distribuidoras se habrían negado a cumplir con sus obligaciones de pago, ni habrían ofrecido planes de pago, acordes a las circunstancias originadas por la pandemia del COVID-19. Por lo tanto, solicitaron al Secretario que se implementen mecanismos de compensación a los productores por la falta de pago de los distribuidores²⁹.

5. LA VERDADERA EMERGENCIA ENERGÉTICA

Como señalamos, los servicios públicos vinculados a la energía requieren dos condiciones: una infraestructura adecuada a la demanda, cuyo desempeño desde lo técnico y operativo sea prudente, eficaz y eficiente para abastecer la demanda en su totalidad; una estructura económico financiera que cubra los conceptos tarifarios—costos operativos, amortizaciones, impuestos y una rentabilidad razonable—, manteniendo la cadena de pagos entre los distintos agentes que integran la industria, desde el generador o productor hasta los usuarios finales—residenciales, comerciales, industriales y el sector público.

El sector energético viene enfrentando desequilibrios en los precios y en las tarifas, como resultado de las distorsiones y las postergaciones en los ajustes periódicos.

Como expresamos, al inicio de la pandemia ya se encontraba vigente la emergencia tarifaria y energética declarada por la Ley N° 27.541. A ello se agrega que el Poder Ejecutivo Nacional cuenta con la amplia competencia que le fue delegada por la misma Ley N° 27.541

²⁹ Ver <https://www.cronista.com/economiapolitica/Petroleras-le-reclaman—3500-millones-a-distribuidoras-de-gas-y-advierten-por-el-suministro-del-servicio-en-hogares-20200423-0040.html>.

El análisis constitucional del régimen normativo de la pandemia en el sector energético exige tener presente tres cuestiones relevantes: el alcance de la emergencia, los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa, conceptos que solo mencionamos y serán desarrollados por otros autores en esta obra.

Solo recordamos que la emergencia es el instrumento público más utilizado en las últimas décadas en la Argentina para justificar una mayor regulación y restricción de los derechos. Configura un supuesto de gravedad y excepcionalidad institucional, que habilita al Congreso de la Nación a su declaración mediante ley formal a partir de la cual pueden disponerse medidas excepcionales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó el concepto de emergencia en el fallo “Peralta” señalando que se trata de “sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad, amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el descalabro económico generalizado [...]”³⁰.

La potestad de legislar se encuentra limitada, en principio, al Poder Legislativo, de conformidad con el principio republicano de división de poderes. El Artículo 76 de la Constitución Nacional³¹ establece los casos en que es posible la delegación legislativa en favor del Poder Ejecutivo Nacional: a) de modo excepcional, b) en materias determinadas de administración o de emergencia pública, c) por plazo determinado, d) en los términos de la ley delegatoria y e) bajo el control del Congreso³².

Estas previsiones constitucionales tienen el sentido de que el Poder Legislativo fije el marco dentro del cual el Poder Ejecutivo dicte los decretos legislativos. La ley de delegación debe, entonces, establecer cuáles son concretamente las materias delegadas, las bases específicas y el plazo en el que el Ejecutivo puede ejercer las potestades legislativas transferidas mediante el dictado de los respectivos decretos delegados³³.

Durante la vigencia de la emergencia pública declarada por la Ley N° 25.561, no se mencionó específicamente al sector energético. La vigencia se extendió desde enero de 2002 hasta diciembre de 2017; el sector energético mantuvo vigentes sus marcos regulatorios establecidos en las Leyes Nros. 24.065 y 24.076. Sin embargo, la energía eléctrica estuvo en emergencia declarada por el Decreto N° 134/2016, mediante el Poder Ejecutivo Nacional, desde diciembre de 2015 hasta diciembre de 2017. A través de esta norma se instruyó al Ministerio de Energía y Minería “para que elabore, ponga en vigencia e implemente un programa de acciones que sean necesarias en relación con los segmentos de generación, transporte y distribución de energía eléctrica de jurisdicción nacional, con el fin de adecuar

³⁰ CSJN, *Fallos*: 313:1513.

³¹ Artículo 76, CN - “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

³² García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2015, pp. 93 y sig.

³³ Balbín, Carlos, *Manual de derecho administrativo*, 4ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 114.

la calidad y seguridad del suministro eléctrico y garantizar la prestación de los servicios públicos de electricidad en condiciones técnicas y económicas adecuadas”.

Actualmente la emergencia energética y tarifaria se encuentra vigente, aun cuando fue declarada para otro contexto. De todos modos, el Poder Ejecutivo Nacional tiene competencia para dictar las medidas conducentes a asegurar el abastecimiento eléctrico y de gas natural, hasta tanto se supere la situación extraordinaria de la pandemia del coronavirus.

Los servicios públicos vinculados al abastecimiento de electricidad y gas natural requieren dos cuestiones básicas: un esquema técnico y operativo que asegure el suministro de la energía; un respaldo económico financiero que asegure la cadena de pagos en las diversas etapas desde la generación o producción hasta el consumo final.

Con motivo de la pandemia, las distorsiones y alteraciones se han visto planteadas básicamente en el respaldo económico financiero.

En el sector de la energía eléctrica se presentan las siguientes circunstancias:

- Con motivo de la pandemia el Estado Nacional ha dictado diversas normas, reseñadas en párrafos precedentes, junto a otras similares de los poderes públicos locales.

- Entre las medidas vigentes, el ENRE y los Entes Reguladores Provinciales han instruido a los agentes distribuidores a que, mientras se mantenga el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, suspendan totalmente la atención presencial en oficinas comerciales, debiendo reforzar las medidas adoptadas que permitan continuar con la atención a los usuarios a través de los canales no presenciales. Ello impide el pago de las facturas por quienes lo realizan de manera presencial en los locales comerciales. Por el aislamiento decretado, permanecieron cerradas las oficinas alternativas de pago de los servicios de distribución (Pago Fácil, Rapipago). Por el Decreto N° 311/2020 y normas provinciales similares que adhirieron al mismo, por el plazo de 180 días corridos, los Distribuidores no pueden cortar el suministro eléctrico a determinados usuarios, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, debiendo continuar prestando el servicio público a los usuarios en mora. A ello se agrega la imposibilidad que han manifestado de efectuar mediciones del consumo de ciertos usuarios, de emitir facturas, y las demoras en su entrega, no estando habilitadas a emitirse por la falta de autorización de los respectivos entes reguladores. El aislamiento social, preventivo y obligatorio ha afectado directamente las posibilidades de pago de importantes sectores de la sociedad, tales como monotributistas de diversas categorías, cuentapropistas, trabajadores informales, etc. La baja en el consumo eléctrico también reduce los ingresos de las Distribuidoras. Estas circunstancias en conjunto configuran una situación extraordinaria.

- Las Distribuidoras enfrentan la reducción de sus ingresos por la postergación de los ajustes tarifarios, la baja general del consumo y la disminución de las cobranzas de sus clientes. Ello provocó que estas últimas hayan reducido sustancialmente el pago de las transacciones en CAMMESA, limitando así las posibilidades de CAMMESA al pago de las prestaciones de Generadores y Transportistas. Esto ha exigido un aumento de los aportes por parte del Estado Nacional.

- Varias Distribuidoras comunicaron formalmente a CAMMESA la imposibilidad de cancelar sus deudas por las transacciones en el MEM, sin indicar proyecciones de cuándo y en qué medida podrán hacerlo.

- Por su parte, los Grandes Usuarios también plantearon dificultades económicas, y solicitaron la aplicación de un Mecanismo Extraordinario de Pagos, mientras dure la pandemia. Ello fue dispuesto por el Subsecretario de Energía Eléctrica con fecha 8-4-2020, estableciendo un régimen especial para las facturas cuyo vencimiento opere a partir del 1° de abril de 2010 y hasta 60 días posteriores al levantamiento del asilamiento obligatorio.

- Todo lo expuesto hace que la situación financiera del MEM se encuentre severamente afectada, ya que la falta de cobranza por Generadores y Transportistas pone en riesgos la continuidad de sus prestaciones, esenciales para asegurar el abastecimiento eléctrico en todo el país.

En el sector del gas natural se presentan las siguientes circunstancias:

- Las postergaciones en los ajustes semestrales de los cuadros tarifarios del transporte y la distribución, en un escenario de incierta recomposición.

- La insuficiencia de ingresos de las distribuidoras por las postergaciones en los cortes por falta de pago de suministro dispuesto por el Decreto N° 311/2020 y su reglamentación por la Resolución N° 173/2020.

- En el caso de las distribuidoras, los conflictos con los productores por las compras de gas natural, vinculados con los precios, el impacto de la devaluación y la crisis en los precios internacionales.

6. EL DESAFÍO DE BRINDAR SOLUCIONES ADECUADAS FRENTE A LA PROBLEMÁTICA DEL COVID-19 EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Al comienzo dijimos que el COVID-19 es un fenómeno sin antecedentes, que afecta a todos los países, a todos los sectores sociales y a todas las actividades económicas. Así como es una enfermedad desconocida, que no se conoce su evolución y remedios, sus efectos sociales y económicos tampoco son conocidos. Ello nos lleva, respecto del sector energético, a distinguir tres cuestiones o etapas: en lo inmediato, asegurar la prestación de los servicios públicos mientras dure la pandemia; luego, realizar la recomposición por lo ocurrido durante la pandemia; y, finalmente, generar las adecuaciones regulatorias que contemple la nueva situación social y económica que habrá de vivirse luego de superada la pandemia desde lo sanitario.

Los antecedentes que hemos reseñado indican que la crisis del sector energético por el coronavirus es básicamente económico financiero y que se manifiesta en:

- Las dificultades de muchos usuarios en pagar los servicios de electricidad y gas.

- El deber estatal y de las empresas de asegurar la continuidad y regularidad en la prestación de estos servicios públicos.

- Contemplar la situación de los diversos sectores de la población, garantizando el suministro energético, que constituyen servicios públicos esenciales.

- La necesidad de fijar precios adecuados de la electricidad y el gas natural, conforme los reales costos de producción y las inversiones imposterables.

- La conveniencia de recuperar los valores de los cuadros tarifarios del transporte y la distribución, para evitar los congelamientos prolongados que en definitiva impactan en la calidad y confiabilidad de las prestaciones.

- La necesidad de revisar el impacto de los atrasos tarifarios y de la devaluación en los Planes de Inversiones comprometidos por las concesionarias y licenciatarias de los servicios públicos en las renegociaciones tarifarias resultantes de la RTI.

- Monitorear la prestación de cada servicio público conforme sus requerimientos, y las posibilidades y condiciones de cada prestador.

Los servicios públicos de electricidad y gas natural, a cargo de las concesionarias y las licenciatarias, deberán realizar en 2021 sus nuevas renegociaciones tarifarias, en las que seguramente deberán considerarse las nuevas circunstancias resultantes del coronavirus que habrán de extenderse en el tiempo.

En lo inmediato, es prioritario asegurar la continuidad de las prestaciones en cada sector de la energía, junto al mantenimiento de la cadena de pagos. Si bien las empresas deben realizar sus máximos esfuerzos, las autoridades regulatorias deben contemplar las limitaciones actuales, y luego de un adecuado control de cada situación, fijar las adecuaciones regulatorias que junto con asistencia financiera extraordinaria permitan que las prestaciones no se vean alteradas. No basta la declaración de emergencia, sino que es necesaria la adopción de medidas concretas en función de las necesidades.

Los economistas dan cuenta de las disminuciones de salarios e ingresos por los habitantes, y las graves dificultades de los agentes de la producción y el comercio. El Estado deberá implementar medidas de fomento que permitan continuar con el consumo.

Una vez superada la pandemia, comenzará el proceso de revisión para la recomposición de las prestaciones y la instauración de nuevas regulaciones, que contemplen la situación tanto de los usuarios, como de quienes tienen a su cargo los servicios públicos. El derecho administrativo cuenta con diversos mecanismos que tradicionalmente permitieron la recomposición: el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, el mantenimiento de la ecuación económico financiera, el sacrificio compartido. Sin embargo, la actual es una situación inédita, que como tal posiblemente requiera soluciones puntuales y particulares.

Por tratarse de una crisis principalmente de orden económico, la cuestión de fondo será determinar quiénes y en qué proporción asumirán el costo y las pérdidas ocurridas. Por tratarse de servicios públicos afectados por circunstancias claramente ajenas a la competencia de las empresas, corresponderá aplicar las reglas tradicionales de la responsabilidad estatal. Mientras tanto, todos los sectores deberán transitar la situación actual, contribuyendo cada uno según sus reales posibilidades.

REPERCUSIONES PENALES DEL RÉGIMEN SANITARIO NACIONAL PARA AFRONTAR EL COVID-19 EN LA ARGENTINA

JUAN CASABELLA DÁVALOS*

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la pandemia de público y notorio conocimiento que se vive por el virulento contagio del virus “COVID-19” o “coronavirus” (acarreado el colapso de todos los sistemas de salud y provocando alarmantes números de fallecidos), el Poder Ejecutivo Nacional adoptó medidas de prevención excepcionales, tendientes a evitar la propagación descontrolada de la enfermedad en la Argentina.

Utilizó para ello el mecanismo de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), previsto en la Constitución Nacional, que le habilita a emitir regulaciones generales de naturaleza legislativa, por concurrir “circunstancias excepcionales” que “hicieren 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 el régimen de los partidos políticos”¹.

Si bien no es objeto de análisis en estas reflexiones el justificativo político y constitucional de la metodología utilizada (que en materia sanitaria parece incuestionable), en un país que vive desde hace décadas en estado de emergencia y –con ello– casi siempre en las zonas fronterizas de un genuino sistema republicano, los DNU generan normalmente prevenciones y resquemores.

* Abogado Magíster en Derecho Procesal. Profesor Universitario de Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho.

¹ Artículo 99, inc. 3º de la Constitución Nacional.

Atento la amplitud de efectos y la multiplicidad de materias jurídicas que se han visto alcanzadas por este régimen de excepción, afectando profundamente el desenvolvimiento de la vida y los derechos de las personas (en algunas ocasiones, inexorablemente, y en otras, sin justificativo alguno²), resulta oportuno, y hasta podría decirse indispensable, la evaluación analítica que acometen los organizadores de la presente publicación (obviamente, con la profundidad que lo repentino de los acontecimientos permita).

Dicho lo cual, se abordan, a continuación (con agradecimiento a dichos organizadores y con la expectativa de cumplir la encomienda aceptablemente), algunas reflexiones sobre las repercusiones advertidas en materia penal, como consecuencia del excepcional régimen sanitario nacional para contener la pandemia del “coronavirus”.

II. OBLIGACIONES PENALMENTE RELEVANTES EN EL RÉGIMEN SANITARIO DE EXCEPCIÓN POR EL COVID-19

II.A. Obligaciones resultantes del DNU N° 260/2020 (BO N° 34.327, del 12-3-2020)

El 12-3-2020, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el DNU N° 260/2020³ que, con motivo de la pandemia de Covid-19, en primer término, amplió la “emergencia pública sanitaria” en el país (ya declarada por la Ley de Emergencia General N° 27.541)⁴ y, en segundo lugar, dispuso medidas administrativas sanitarias específicas, excepcionales y con repercusiones penales.

² Piénsese en las repercusiones económicas, empresariales, laborales; cuando no (permítaseme la queja) en la indisponibilidad de la propiedad privada a la que someten recurrentemente las entidades bancarias a los argentinos, muchas veces cautivos e indefensos de amañados regímenes de pago de jubilaciones, pensiones y salarios.

La libertad y, en este caso, la libertad ambulatoria, es garantida por el Artículo 14 de la Constitución Nacional, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” y, por tanto, puede ser acotada en el contexto excepcional de la actualidad. Pero ello, sin “alteraciones” esenciales o razonables (esto es, desconectadas de los estrictos motivos sanitarios que le dieron lugar). Ahora bien, las restricciones bancarias de retiros de fondos verificadas en la Argentina nada tienen que ver con la emergencia en análisis.

En ese contexto, es de destacar –sin perder nunca de vista– el mandato del Artículo 21 del DNU N° 260/2020, cuando establece, con el título “Trato digno. Vigencia de derechos”: “Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible [...] Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I. el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II. el derecho a la atención sin discriminación; III. el derecho al trato digno”.

³ Y antes de que transcurriera una semana su modificadorio, DNU N° 287 (del 17-3-2020), que procura garantizar el abastecimiento de ciertos productos indispensables –extendiendo la aplicación de la Ley N° 20.680–; establece al Jefe de Gabinete de Ministros como coordinador de los distintos organismos del sector público nacional que ejecutan las recomendaciones epidemiológicas de la autoridad sanitaria nacional; y faculta a efectuar contrataciones directas de bienes y servicios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos.

⁴ BO del 23-12-2019, sobre emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

En este último sentido, estableció las siguientes obligaciones⁵:

1. Obligación de “aislamiento por 14 días”, para personas potencial o probablemente contagiantes:

⁵ Entre las normas más relevantes a los fines del presente análisis, el DNU N° 260/2020 establece:

“*Artículo 7°*- Aislamiento obligatorio. Acciones preventivas: 1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:

a) Quienes revistan la condición de ‘casos sospechosos’. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19.

c) Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por ‘zonas afectadas’. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Con el fin de controlar la trasmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas.

Artículo 8°- Obligación de la población de reportar síntomas. Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 deberán reportar de inmediato dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción.

Artículo 20- Normativa. Excepciones. La autoridad de aplicación dictará las normas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento al presente decreto y podrá modificar plazos y establecer las excepciones que estime convenientes, con la finalidad de mitigar el impacto de la epidemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma.

Artículo 21 - Trato digno. Vigencia de derechos. Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I - el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II - el derecho a la atención sin discriminación; III - el derecho al trato digno.

Artículo 22 - Infracciones a las normas de la emergencia sanitaria. La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal”.

Ello, específicamente para:

a) Quienes presenten la condición de “casos sospechosos” (presencia de fiebre y uno o más síntomas respiratorios, como tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, tengan el antecedente de haber viajado a las zonas afectadas o que hayan estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19.

b) Quienes tengan confirmación médica de haber contraído COVID-19.

c) Quienes hayan mantenido contactos estrechos con las personas comprendidas en los casos anteriores.

d) Quienes arriben al país, habiendo transitado por zonas afectadas de COVID-19.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por zonas afectadas por el COVID-19.

2. Obligación de “Efectuar una Declaración Jurada de Estado de Salud”, para viajeros:

Al momento de partir y antes o durante el arribo a la Argentina.

3. Obligación de “Reportar Síntomas Compatibles con COVID-19”, para toda la población:

El Artículo 8° del DNU N° 260/2020 establece la obligación, para las personas en general que presenten síntomas compatibles con COVID-19, de reportar tal circunstancia a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción.

4. Obligación de “Denunciar”, para funcionarios, personal de salud y personal a cargo de establecimientos educativos:

El Artículo 7°, último párrafo, del DNU N° 260/2020, establece que “en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento (obligatorio) y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal (el Art. 4° del DNU N° 297/2020 reitera la posibilidad de aplicación de estas disposiciones penales ante el incumplimiento de sus normas).

II.B. Obligaciones resultantes del DNU N° 297/2020 (BO del 20-3-2020)

Por otra parte, el 19-3-2020, el PEN dictó el DNU N° 297/2020, que en su Artículo 1° dispone el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, “para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria”. Ello, “desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”⁶.

⁶ El DNU N° 297/2020, entre sus disposiciones más relevantes a los fines de este trabajo dispone: “Artículo 1°- A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional,

5. Obligación de “aislamiento generalizado”, para todas las personas:

De tal modo, el Decreto N° 297/2020 establece una nueva obligación en el régimen de excepción sanitaria, extendiendo el alcance de la obligación de aislamiento (que en un principio se reservaba para las personas con aptitud “probablemente” contagiante) a todas las personas que habiten en el país, quienes “deberán *permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta, como así abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo no pudiendo desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19, con excepción de desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos*”.

se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.

Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus – COVID-19.

Artículo 2° - Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el Artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Artículo 3° - El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias.

Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad.

Artículo 4° - Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”.

Igualmente, el Artículo 6° establece otro listado de personas afectadas a servicios y actividades esenciales, que quedan exceptuadas del cumplimiento del aislamiento obligatorio en el ámbito propio de tales actividades y servicios (excepciones que están sujetas a modificación por resoluciones administrativas posteriores –incluso de los estados provinciales–, según criterios de oportunidad, mérito o conveniencia).

III. ENUNCIACIÓN GENERAL DE LOS DELITOS QUE PUEDE ACARREAR LA INOBSERVANCIA DE LAS OBLIGACIONES DISPUESTAS POR LOS DNU NROS. 260/2020 Y 297/2020

De los propios DNU surge insinuado que la inobservancia de sus disposiciones puede configurar “la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal” (Art. 22 del DNU N° 260/2020), ordenándose: “Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ o a otras normas [...] de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los Artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal” (Art. 4° del DNU N° 297/2020).

La referencia es abierta y genérica, pues los DNU no crean figuras delictivas novedosas (ni constitucionalmente podrían tener tal pretensión). Sucede que efectúan una regulación sanitaria que, por su parte, puede tener cabida en el espacio dejado por el tipo penal en blanco del Artículo 205 del Código Penal y, en su caso, además su transgresión podría configurar el delito del Artículo 239 del mismo código. Por ello, la referencia, aunque aproximativa⁷, no puede tener otro valor que el orientativo, de algún modo pedagógico y, sin lugar a dudas, de advertencia disuasiva.

De hecho, la falta de cumplimiento de las regulaciones sanitarias, aunque los DNU no lo hubieren referido, puede dar lugar a otros delitos, como el de la “Propagación –dolosa o culposa– de la Enfermedad” (prevista y reprimida en los Arts. 202 y 203 del Código Penal); la “Falsedad Ideológica” en las declaraciones juradas del estado de salud (prevista y reprimida en el Art. 293 del Código Penal); el “Incumplimiento de Deberes de Funcionario Público”, ante la omisión de denuncia de los funcionarios públicos⁸ (previsto y reprimido por el Art. 249 del Código Penal⁹) e, incluso, hay quienes sostienen genéricamente, para

⁷ Con la salvedad del desacierto de la referencia a normas “concordantes” del Código Penal, impropia del ámbito del derecho penal, regido por el principio de legalidad estricta. Y además de los reparos que despierta la supuesta aplicabilidad de las previsiones del Artículo 239 del Código Penal a las situaciones estrictas del novedoso régimen sanitario.

⁸ El DNU N° 260/2020, en su Artículo 7°, último párrafo, hace pesar la obligación de denunciar (además de los funcionarios públicos) en el “personal de salud y personal a cargo de establecimientos educativos”. Pero si estos últimos no reúnen las condiciones definidas en cuarto párrafo del Artículo 77 del Código Penal, no pueden configurar el delito del Artículo 249 del mismo código.

⁹ Código Penal Argentino, “Artículo 249 - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

casos de condena, la aplicabilidad del “Decomiso” de bienes instrumentos del delito (previsto en el Art. 23 del Código Penal¹⁰).

El Artículo 205 del Código Penal prevé el delito de “Violación de Medidas Antiepidémicas”, consistente en “violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”, infracción que tiene una pena de “prisión de seis meses a dos años”¹¹.

La referencia al Artículo 239¹² resulta incorrecta según la opinión de doctrina especializada en Derecho Penal Especial¹³, por cuanto este artículo prevé dos figuras inaplicables a las estrictas situaciones reguladas en las normas sanitarias planteadas: “1º) La resistencia a una autoridad civil (que no es el caso en tratamiento), y 2º) la desobediencia a una autoridad civil, que es un delito de propia mano, esto es, un delito que sólo puede ser cometido por una persona que sea el singular destinatario de la orden de autoridad (sujeto pasivo en concreto y determinado), pero no cuando se trata de una disposición dirigida al público en general, como es precisamente el caso que nos ocupa”.

Esto, obviamente, sin perjuicio de que el delito previsto en el Artículo 239 del Código Penal se cometa (y de hecho ocurre a menudo, según reportes periodísticos de la actualidad) en ocasión de la verificación de violaciones a las obligaciones sanitarias de los DNU Nros. 260/2020 y 239/2020; cuando los transgresores sorprendidos *in fraganti*, “resisten” o “desobedecen” las instancias del funcionario público encargado de su control y de la efectivización de su cumplimiento¹⁴.

¹⁰ Código Penal Argentino, “Artículo 23 - En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho [...], en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros [...]”; “El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso [...] de todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”; “El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes [...]”.

¹¹ Código Penal Argentino, “Artículo 205 - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

¹² Código Penal Argentino, “Artículo 239 - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

¹³ Buompadre, Jorge Eduardo, “Reflexiones de derecho penal en tiempo de coronavirus. Violación de la cuarentena y otras medidas”, *Revista Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com/doctrina/48653-reflexiones-derecho-penal-tiempo-coronavirus-violacion-cuarentena-y-otras-medidas>, 23-4-2020.

¹⁴ En la nota periodística titulada; “Qué sucede con las personas detenidas por violar la cuarentena por el coronavirus”, de Federico Fahsbender, del 23-3-2020, del portal de noticias ffahsbender@infobae.com, se da cuenta de que “Gendarmería, Policía Federal, Prefectura y PSA bajo el Ministerio de Seguridad de la Nación de Sabina Frederic, acumularon durante el domingo (22-3-2020) 678 personas interceptadas a nivel nacional, a las que se les iniciarán causas penales principalmente por el Artículo 205 del Código Penal, con controles a más de 48 mil vehículos y 189 secuestrados [...] La provincia de Buenos Aires ya supera los 700 demorados.

El Artículo 202 del Código Penal castiga con “reclusión o prisión de tres a quince años”, al que “propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”¹⁵.

El Artículo 203 del Código Penal reprime “la propagación de la enfermedad a través de una acción u omisión imprudente, negligente, imperita o inobservando los deberes del cargo”. Ello, con pena de multa en la figura básica (sin resultados dañosos concretos), pero con “prisión de seis meses a cinco años”, si de la conducta resultaren un concreto contagio de la enfermedad o la muerte¹⁶.

El Artículo 293 del Código Penal reprime con “reclusión o prisión de uno a seis años”, al que “insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

Como sostiene el Dr. Buompadre¹⁷, no puede dejar de tenerse en cuenta que el principio de irretroactividad de la ley penal (consagrado por el Art. 18 de la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos) determina que las obligaciones emanadas de los DNU Nros. 260/2020 y 297/2020 sólo pueden aplicarse a situaciones ocurridas a partir de sus publicaciones en el Boletín Oficial y durante el tiempo de sus vigencias originarias y prórrogas posteriores.

Esto es, desde la medianoche del día 12 de marzo de 2020, en el caso del DNU N° 260/2020, y desde la medianoche del día 20 de marzo de 2020, en el caso del DNU N° 297/2020 (Art. 6°, Código Civil y Comercial de la Nación), en adelante y mientras persistan sus vigencias.

Santa Fe, por su parte, parece tener el récord de desacatados: 1898 hasta las 8 de la mañana de hoy, confirman fuentes oficiales. Sin embargo, ¿cuántos de esos 1898 quedaron detrás de una reja? Una fuente en el Gobierno santafesino asegura: ‘Estrictamente por violar la cuarentena, ninguno. Se los ficha, notifica y se les da domiciliaria’ [...] La explicación es simple. No lo hicieron por violar el 205 o el 202 –un delito excarcelable–, sino por otros delitos como resistencia a la autoridad, agredir a efectivos o dañar propiedad policial, portar armas sin carnet o llevar droga encima”.

¹⁵ Código Penal Argentino, “Artículo 202 - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

Según veremos, las figuras de los Artículos 202 y 203 del Código Penal, que involucran penas mucho más graves, se aplican a imputados infectados que dolosa o culposamente “propagan la enfermedad peligrosa o contagiosa”. Resulta ilustrativo de la posible aplicación de estas normas, el polémico y conocido caso del joven que abordó en Uruguay el Buquebus con destino a Buenos Aires. El muchacho de 21 años resultó internado y provocó el aislamiento de un gran número de pasajeros que viajaron en la misma embarcación. Su defensa sostiene que “se enteró en el buque” de su enfermedad y que “no tenía síntomas”.

¹⁶ Código Penal Argentino, “Artículo 203 - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de pesos cinco mil (\$ 5.000) a pesos cien mil (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis (6) meses a cinco (5) años”.

¹⁷ Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, cuya guía se sigue en el presente trabajo.

Por otra parte, según las obligaciones sanitarias que surgen de los referidos DNU, genéricamente los grupos de “conductas específicamente antirreglamentarias”¹⁸ que podrían encuadrar en delitos tipificados por el Código Penal son:

a) Los “Incumplimientos del Aislamiento Obligatorio”, en los supuestos taxativamente previstos en el Artículo 7° del DNU N° 260/2020. Ampliados por el DNU N° 297/2020 a “todos los habitantes del país” (aunque con excepciones también taxativas).

b) Las “Propagaciones de la Enfermedad Infecciosa COVID-19” provocadas mediante incumplimientos al Artículo 7° del DNU N° 260/2020.

c) Los “Falseamientos de Declaraciones Juradas Obligatorias” para viajeros (del Artículo 2°, apartado 13 del DNU N° 260/2020). En su caso, las “Omisiones de Reportar Síntomas Compatibles con COVID-19”, cuando con tales omisiones puedan configurarse las situaciones de los Artículos 205, 202 o 203 del Código Penal (del Artículo 8° del DNU N° 260/2020).

d) Los “Incumplimientos de los Deberes de Funcionario Público” (del Artículo 249 del Código Penal), por incumplimiento de la obligación de denunciar, resultante del Artículo 7°, último párrafo, del DNU N° 260/2020.

V. CONSIDERACIONES ESPECIALES

V.A. Incumplimientos del aislamiento obligatorio

Más allá de la generalizada utilización—como sinónimas—de las expresiones “cuarentena” y “aislamiento” o “aislamiento social” (cuando en medicina se distinguen como estrategias sanitarias diversas), la específica “acción” que deberá tenerse en cuenta para una evaluación penal es el “incumplimiento de los aislamientos”:

a) Impuestos individualmente como obligatorios “por 14 días” para los casos del Artículo 7° del DNU N° 260/2020, cuando se “Abandonan o No Se Observan”¹⁹.

b) En el “Aislamiento generalizado” dispuesto por el DNU N° 297/2020, cuya infracción puede cometerse a partir del 20 de marzo de 2020 (y originariamente hasta el 31 del mismo mes, pero atento diversas prórrogas del régimen sanitario excepcional, puede seguir consumándose mientras la imposición mantenga vigencia). Esta obligación de aislamiento se encuentra establecida, desde la fecha referida, no ya para casos especiales, sino para todos los argentinos y los que habiten o se encuentren transitoriamente en el territorio

¹⁸ Se ha mencionado además la posibilidad, para casos de condena, de la aplicabilidad del instituto del “Decomiso” de bienes instrumentos del delito (del Art. 23 del Código Penal); pero no se profundiza aquí en su análisis.

¹⁹ Esto es, para aquellas personas potencial o probablemente contagiantes establecidas en el Artículo 7° del DNU N° 260/2020, cuando representan un “caso sospechoso”, “tengan confirmación médica de haber contraído el COVID-19”, hayan mantenido “contactos estrechos con las personas de los casos anteriores”, “arriben al país habiendo transitado por zonas afectadas”, o bien, “hubieran arribado al país en los últimos 14 días” (a contar desde la publicación del DNU N° 260/2020 en el Boletín Oficial el 12 de marzo hacia atrás, es decir, hasta el 27 de febrero), cuando hubieren transitado por zonas afectadas por el COVID-19.

nacional. En el supuesto de extranjeros no residentes que se encuentran transitoriamente en el país, el incumplimiento del aislamiento obligatorio habilita la expulsión del territorio nacional (mientras que los extranjeros que a partir de las medidas sanitarias arriban al país por cualquier medio, tienen directamente prohibido el ingreso).

En definitiva, en el punto, lo que debe resultar claro es que la conducta que puede alcanzar relevancia penal es la de incumplir alguna de las exigencias del Artículo 7° del DNU N° 260/2020 o de los Artículos 1° y 2° del DNU N° 297/2020 (con las excepciones de su Artículo 6° o la de los “desplazamientos mínimos” habilitados por su Artículo 2°). Obviamente, sin perder de vista que en los casos del DNU N° 260/2020 deben concurrir las condiciones especiales previstas para el sujeto autor, mientras que en los casos del DNU 297/2020 no se exigen condiciones especiales en el autor.

Ahora bien, a continuación, se efectúan algunas consideraciones especiales de los principales delitos que pueden consumarse mediante los incumplimientos a la obligación de aislamiento.

V.B. Delitos de “violación de medidas antiepidémicas”

El delito tipificado en el Artículo 205 del Código Penal resulta ser el más fácilmente configurable por los posibles de incumplimientos de las obligaciones de aislamiento.

Se trata de un típico “Tipo Penal en Blanco”, pues requiere integrarse con regulaciones ajenas a la legislación del Congreso de la Nación (de las que surjan mandatos o prohibiciones de naturaleza administrativa), pero que terminan amparadas y reforzadas por el derecho punitivo.

Se trata de un delito que podría cometerse por acción o por omisión; y –desde la ampliación del DNU N° 297/2020– admite como autora a cualquier persona, sospechosa de la enfermedad o no, enferma efectivamente del COVID-19 o no.

Por esto último, se trata también de un delito de los llamados de “peligro abstracto”, pues no es necesario que exista peligro efectivo en el caso concreto o una situación real de peligro de contagio. Es suficiente para su configuración que el agente viole la obligación de aislamiento (solo en el caso de una persona curada del COVID-19, que no pueda ya contagiar ni ser contagiada, podría llegar a plantearse la desaparición de todo peligro, incluso el abstracto).

Se trata de un delito doloso, que admitiría incluso la modalidad del dolo eventual (configurable cuando el autor, teniendo presente la prohibición, actúa por simple indiferencia o desprecio de la orden sanitaria, consintiendo –para la eventualidad– la generación del peligro).

V.C. Delitos de “propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas”

Tal como se adelantó, aun cuando los DNU en análisis no lo hubieren mencionado, por la transgresión a sus medidas sanitarias (especialmente a los aislamientos), pueden configurarse también los delitos previstos y reprimidos en los Artículos 202 y 203 del Código Penal.

El Artículo 202 del Código Penal sanciona con pena de “reclusión o prisión de tres a quince años”, “al que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

El tipo penal exige como autor a una persona enferma, de una enfermedad de doble característica, “peligrosa y contagiosa” para otras personas; que la “propaga”, o lo que es lo mismo, que la disemina indeterminadamente, de cualquier manera (lo cual puede ocurrir como se dijo, por incumplimiento de la obligación de aislamiento social obligatorio).

Pese a lo limitado de los conocimientos que se tienen del COVID-19, es sin dudas un virus configurativo de la “enfermedad peligrosa y contagiosa” que describe el tipo penal. Es enfermedad peligrosa porque puede producir un grave daño en la salud (y hasta provocar la muerte) de las personas, y es contagiosa, pues es fácilmente transmisible a otras personas.

Se trata de un delito de “peligro concreto” (peligro de contagio a otras personas), cuyo tipo penal no exige el resultado efectivo del contagio; basta con la acción típica de la “propagación”

Según el Diccionario de la RAE, “propagar” significa “Multiplicar por generación u otra vía de reproducción” o “Hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce”.

Una persona enferma de COVID-19, que consciente de su enfermedad transgrede la obligación de aislamiento social, ejerciendo una conducta que implica la “propagación de la enfermedad”, aun que no produzca contagio alguno, consuma la acción típica²⁰.

Se trata igualmente de un delito “doloso”, que puede admitir el dolo eventual. En esta figura, el autor debe tener conciencia de que ha contraído la enfermedad y querer difundirla, o bien obrar con actitud de indiferencia para la eventualidad de la propagación.

Pero no puede perderse de vista que la acción típica consiste en “propagar” (y no en “contagiar”), de modo que el dolo se exige solamente respecto de esa acción de propagar. No se trata de una voluntad dirigida a contagiar a otras personas (en uno o más casos) sino en querer difundir indeterminadamente la enfermedad, que no es lo mismo.

La ignorancia y el error²¹ desplazan el tipo doloso y, en principio, el culposo también. Pero cuando el error es evitable, atento a la constante difusión pública de las características del COVID-19 y las precauciones sanitarias que exige, el hecho probablemente resultaría captado en la modalidad culposa del Artículo 203, CP.

²⁰ Explica Buompadre (*op. cit.*): “El contagio—resultado material de la acción—será una consecuencia extratípica que deberá tenerse en cuenta a los fines de la mensuración de la pena. Sin embargo, si producido el contagio, del mismo derivara la muerte de alguna persona—teniendo en cuenta que no está prevista una agravante por determinados resultados, por ej. la muerte de la víctima contagiada—, la punición de ellos se hará autónomamente y las correspondientes figuras operarán en concurso real con la que estamos estudiando”. Comparto la posibilidad del concurso de delitos si resulta la muerte, pero tratándose de una sola acción, entiendo que se trataría de un “concurso ideal”.

²¹ Casos en los que el autor desconoce que tiene la enfermedad, abandona el aislamiento y la propaga, o bien cree que la enfermedad que tiene no es peligrosa ni contagiosa para las personas (error de tipo).

Por su parte, el Artículo 203 del Código Penal sanciona la propagación culposa de la enfermedad. Ello, cuando media una conducta “imprudente, negligente, imperita o de inobservancia de los deberes del cargo”.

La acción típica, obviamente menos grave que la anterior, es conminada con pena de multa; pero en caso de resultar el contagio de la enfermedad o la muerte del contagiado, la pena prevista es de prisión de seis meses a cinco años (asimilándose a la del homicidio culposo del Artículo 84 del Código Penal).

V.D. Delitos de falsedad instrumental

Según se señaló, el DNU N° 260/2020 establece otra obligación, cuya transgresión podría configurar para su autor el delito de “Falsedad Ideológica”, previsto en el Artículo 293 del Código Penal. Esto es, la “Declaración Jurada del Estado de Salud” obligatoria para viajeros que lleguen al país por cualquier medio (o bien, al momento de la partida), antes o durante su arribo (Artículo 2º, apartado 13, del DNU N° 260/2020).

La declaración jurada se instrumenta en un documento que, debidamente suscripto por un oficial público, constituye “Instrumento Público” en los términos de lo dispuesto por los Artículos 289, inc. b, y 290, inc. b, del Código Civil y Comercial.

Si en él se insertaren o se hicieren insertar datos falsos (de los datos de identidad y de connotación sanitaria exigibles en estos casos al pasajero), se incurre en la acción típica del delito de “Falsedad Ideológica de Instrumento Público” referenciado.

El Código Penal establece en su Artículo 293: “Será reprimido con reclusión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar un perjuicio”.

La acción típica de “insertar o hacer insertar”²² se refiere a una declaración de “datos falsos” (esto es, inexactos, a sabiendas de esa inexactitud) y que además deben ser específicamente “concernientes a hechos que el documento esté destinado a probar” (“Falsedad Esencial”: en el caso de las declaraciones juradas de estado de salud, los datos referidos a la identidad de la persona que declara y a las circunstancias y datos de relevancia sanitarias exigidos).

Finalmente, el tipo penal exige que tal falseamiento “pueda generar perjuicio”; es decir, que no se exige para la consumación un efectivo resultado perjudicial, pero sí –específicamente– la “potencialidad del peligro”. Por ello, puede interpretarse que se trata de un delito de “peligro concreto”.

²² “Inserta” el oficial público, “hace insertar” el declarante.

V.E. Delitos de “incumplimiento de los deberes de funcionario público”, por omisión de denuncia

Para terminar, según vimos, el último párrafo del Artículo 7º, del DNU N° 260/2020, establece: “En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento (obligatorio) y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los Artículos 205, 239 y concordantes del Código penal”.

La enunciación de los obligados es taxativa: “funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general”.

Como es regla en los códigos procesales penales, la denuncia de delitos no es obligatoria para la generalidad de los ciudadanos, pero existen excepciones respecto de determinadas personas que, por su función, tienen el deber de denunciar delitos perseguibles de oficio (siempre que no tuvieren obligación de guardar secreto). Es el caso de los funcionarios o empleados públicos que tomaren conocimiento de los delitos en el ejercicio de sus funciones y los profesionales de la salud en delitos contra la vida y/o integridad física de las personas perseguibles de oficio.

En estos casos de denuncia obligatoria, entra en juego la posibilidad de incurrir –en caso de incumplimiento– en los delitos previstos en los Artículos 277, inc. d, y 249 del Código Penal.

Si bien es cierto que los obligados a denunciar por el DNU N° 260/2020 no pueden estar alcanzados por el delito de “Encubrimiento” del Artículo 277, inc. d, del Código Penal²³ (en cuanto solo puede ser sujeto activo de este delito quien tiene competencia para promover la acción penal –fiscales penales o jueces de instrucción y funcionarios policiales en el sistema mixto–), el incumplimiento de esa obligación de denunciar puede resultar constitutiva del delito de “Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público”, previsto y reprimido por el Artículo 249 del Código Penal. Ello, cuando los obligados a denunciar por el régimen sanitario revistan también la calidad de funcionarios públicos.

Pero cuando “los funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general” obligados a denunciar por el DNU N° 260/2020 en análisis, no reúnen las condiciones definidas en el Artículo 77, cuarto párrafo, del Código Penal, tampoco pueden ser alcanzados por la norma punitiva del Artículo 249 del Código Penal.

²³ Cuando dispone: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años [...] quien no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”.

VI. CONSIDERACIONES PROCESALES PENALES

Si bien el régimen sanitario afecta a todos los argentinos y trabajadores del Estado, el DNU N° 297/2020 ubicó, entre las actividades exceptuadas de la cuarentena total, a la del “personal de los servicios de justicia de turno, conforme lo establezcan las autoridades competentes” (Art. 6º, inciso 3º).

Ello, estableciendo que “las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el Artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias”; e invitando “al Poder Legislativo Nacional y al Poder Judicial de la Nación, en el ámbito de sus competencias, a adherir al presente decreto” (Art. 10).

Tal circunstancia determinó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictara la Acordada N° 6/2020, a través de la cual estableció una “Feria Judicial Extraordinaria” (que viene prorrogándose por nuevas acordadas, en paralelo a las extensiones del régimen sanitario de emergencia nacional)²⁴. Esto es un receso completo de la actividad judicial (utilizado de ordinario para vacaciones durante todo el mes de enero y una quincena en julio), en el que se paralizan todos los procesos judiciales y se atiende únicamente –con servicios mínimos de guardia– excepcionales procesos calificados por alguna urgencia y los nuevos delitos de acción pública cometidos en ese período.

Si bien es cierto que el Poder Judicial de la Nación y el de las Provincias en general han intentado salvar las limitaciones sanitarias a través de la utilización de medios tecnológicos²⁵, lo concreto es que el Poder Judicial, en prácticamente todo el país, ha

²⁴ Los poderes judiciales provinciales han seguido, en general, la misma postura. Así, la Corte de Justicia de Salta, el 16-3-2020 dictó la Acordada N° 13.082, implementando la Feria Extraordinaria a partir del 17-3-2020, con sucesivas prórrogas y regulaciones.

²⁵ Posteriormente, la misma CSJN, por Acordadas Nros. 11/2020 y 12/2020, dispuso aprobar el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito del Poder Judicial de la Nación respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial. También estableció que en los casos en que se aplique la firma electrónica o digital, no será necesario la utilización del soporte papel, quedando lo resuelto en soporte electrónico, cuyo almacenamiento y resguardo estará a cargo de la Dirección General de Tecnología y de la Dirección General de Seguridad Informática del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Por su parte, La Cámara Federal de Casación Penal suscribió la Acordada N° 5/2020, con el fin de establecer las reglas generales de trabajo durante ese período. Luego, con la Acordada N° 6/2020, estableció por regla general el trabajo remoto, sin la necesidad de presencia física de las partes o de los trabajadores judiciales en los tribunales de justicia (la Acordada N° 7/2020, CFCP, reforzó esta nueva modalidad de trabajo).

Con la Acordada N° 8/2020 se dispuso estar a la conformación natural del Tribunal, pero para atender estrictamente las cuestiones vinculadas con la feria judicial extraordinario.

Por resolución del 15-4-2020, el Tribunal de Superintendencia de la CFCP dispuso que, una vez clausurada la instrucción, se sortearán para ser elevadas a juicio aquellas causas en las que los imputados se encuentren detenidos y se estableció un mecanismo para acreditar la suscripción de las sentencias por parte de los magistrados.

ingresado inéditamente en un período de latencia, en el que solo subsiste la prestación de un servicio mínimo y provisional para atender las denuncias de comisión de delitos mientras se extienda la feria excepcional²⁶ y los casos habilitados por razones de urgencia (en general, procesos con imputados detenidos o presos).

Todo lo cual, con los percances que implica la determinación temporal de los jueces que cumplen la feria, sus reemplazos, la coordinación e implementación de nuevos medios tecnológicos en actos procesales, la determinación de los casos de urgencia atendibles en ferias (con las novedosas del COVID-19), la habilitación para circular de los abogados, etc.; que se han conjugado en un verdadero caos de situaciones sin acceso real a la jurisdicción²⁷ o de polémicas concesiones de libertades condicionales y prisiones domiciliarias²⁸.

²⁶ Delitos que si bien—por ahora—se han visto reducidos en cantidad, en algunas modalidades, como consecuencia natural de la imposición del aislamiento social preventivo, se han incrementado en otras relativas a violencia familiar y de género. Incluso más, se han generado por doquier las novedosas modalidades delictivas concernientes a las transgresiones del nuevo régimen sanitario de emergencia.

²⁷ Es elocuente el Pronunciamiento del Colegio de Abogados de Salta, del 1º-5-2020, cuando pone de manifiesto la problemática procesal en general, en los siguientes términos:

“Como es de público conocimiento, la Justicia de Salta se encuentra en feria judicial extraordinaria de manera ininterrumpida desde el 17 de marzo pasado. La última Acordada no ha modificado esa situación, sino que ha prorrogado la feria una vez más, hasta el 10 de mayo.

Si bien la Acordada N° 13.104 habilitó el funcionamiento de todos los Juzgados, la comunidad debe saber que sólo trabajan 2 días a la semana y 4 horas cada día. Es decir, en total 8 horas semanales. Y en los Distritos del Interior muchas menos horas. En estas condiciones es obvio que no se puede ofrecer un servicio de justicia de calidad, con respuestas jurisdiccionales oportunas a los pedidos de los justiciables.

Lo cierto es que la Justicia en feria es restrictiva, restringida y solo habilitada para determinados casos, de excepción (Art. 46, Ley Orgánica y Art. VI de la Acordada N° 13.104). La realidad es que durante la feria existen derechos que no son atendidos, que no pueden ni podrán reclamarse, dejando en última instancia al arbitrio del juez en feria, la apreciación acerca si el pedido es de urgencia y necesidad.

De hecho, las sucesivas Acordadas dictadas solo han provocado que los expedientes habilitados durante la feria pasen de mano de un juzgado a otro, sin obtener resolución a lo planteado por el abogado y/o abogada, ya sea por falta de tiempo, o bien, por la falta de voluntad para dar una respuesta jurisdiccional a la petición puesta en consideración.

En tal sentido, desconocemos datos estadísticos concretos que informen la cantidad de pedidos judiciales resueltos por parte de los jueces en feria, ante las numerosas presentaciones efectuados por los colegas; que en la mayoría de los casos no han tenido una respuesta jurisdiccional adecuada, o directamente fueron rechazados. De ninguna manera el gran número de escritos judiciales recibidos mediante la mesa virtual—que funciona intermitentemente y con fallas del sistema por deficiencia en la plataforma web— implica que todas esas presentaciones hayan sido proveídas de conformidad.

Tampoco la implementación del ingreso virtual de escritos ha sido acompañada por medidas que permitan la igualdad en el acceso a los colegas del interior, ya que el sistema IURIX no está habilitado para todas las jurisdicciones, por lo que, sumada a la distancia, esa dificultad agudiza y profundiza las diferencias del ejercicio profesional respecto de quienes trabajan en otros Distritos Judiciales, lo cual ya ha sido objeto de reclamo por parte el Colegio, nunca atendidos.

En lo que va de esta situación extraordinaria generada por la pandemia del COVID-19, una y otra vez el Colegio de Abogados y Procuradores de Salta ha reclamado en forma constante e incasable el restablecimiento total del servicio de justicia por ser esencial. Entendemos que una Justicia en feria extendida de ninguna manera asegura el pleno ejercicio de los derechos, el acceso a la jurisdicción ni la tutela judicial efectiva.

Por lo manifestado, el Colegio ni los litigantes consienten, ni celebran, ni prestan conformidad a esta nueva prórroga de feria. Todo lo contrario, a diario padecemos las consecuencias de la imposibilidad del ejercicio profesional cuando no podemos dar a nuestros clientes satisfacción a la tutela de sus derechos.

La abogacía organizada no avala ni presta conformidad a la prórroga de feria, sino que reclama—como lo hizo en forma incansable desde el inicio de esta situación extraordinaria—el inmediato e íntegro restablecimiento de la Justicia.

Por último, siendo que el Gobierno Federal, mediante Decisión Administrativa N° 622/2020 autorizó a la abogacía a trabajar, exceptuándola del aislamiento social, preventivo y obligatorio que establece el DNU N° 297/2020, y que a la fecha ese derecho no se ha hecho efectivo, instamos y exhortamos a las autoridades locales y a los Poderes Públicos, a que habiliten en forma plena y efectiva el Servicio Esencial de Justicia.

Por su parte, el Estado Provincial debe garantizar a la Ciudadanía, al Justiciable y a la Abogacía el pleno e irrestricto ejercicio y goce de derechos y garantías constitucionales, único sostén para el restablecimiento de las instituciones republicanas, y sobre todo de una Justicia plena e íntegra, que satisfaga sin discriminación los reclamos de la sociedad. Sin abogados no hay justicia. La justicia debe funcionar en forma plena porque es un servicio esencial”.

²⁸ En medio de la pandemia de coronavirus, varios países han seguido las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos que pidieron evitar el hacinamiento en cárceles para no poner en riesgo la vida de los reclusos.

Sin embargo, en pocos lugares estas medidas han generado tanta polémica como en Argentina, donde el Presidente tuvo que salir a asegurar públicamente que su gobierno no fomenta una liberación generalizada de presos y que tales decisiones se encuentran en manos de los jueces respectivos.

Un factor que explica la indignación de parte de la población con estas situaciones tiene que ver con un tema político más profundo. Una de las primeras personas a la que se le permitió cumplir su condena en su casa por el riesgo que supone el coronavirus fue Amado Boudou, quien fuera vicepresidente durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y condenado en 2018 a más de cinco años de cárcel por corrupción. Unos días más tarde, el Secretario de Derechos Humanos de la Nación pidió a la Justicia que le otorgara el mismo beneficio a otro alto exfuncionario kirchnerista condenado por corrupción, el exministro de Transporte Ricardo Jaime.

La Cámara de Casación Penal Bonaerense hizo lugar a un *hábeas corpus* colectivo que abrió las puertas al arresto domiciliario por el riesgo del coronavirus. Uno de sus integrantes explicó: “En la provincia de Buenos Aires tenemos 24.000 lugares para alojar presos y hay 50.000 detenidos. Si la pandemia ingresa a las cárceles, en dos meses se infectan todos los presos. Si tengo 50.000 infectados de coronavirus, ¿los dejo morir en la cárcel?”

En ese contexto, en reclamo de tales beneficios se han verificado los más peligrosos y sangrientos fenómenos que pueden suceder en el ámbito de la concretización del derecho penal y procesal penal: los amotinamientos de presos en las cárceles, como el verificado en la “Cárcel de Villa Devoto” en la Provincia de Buenos Aires.

LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA SALUD MENTAL

MARÍA JOSÉ MIRANDA*

*“De cerca nadie es normal [...].
Todos somos portadores de una cuota de locura,
esa capacidad potencial de irracionalidad,
con la cual convivimos en sociedad”.*
(Dr. Elías Norberto Abdala)

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad se encuentra atravesando un momento histórico. La pandemia del coronavirus ha afectado a casi todos los países del mundo, y ha provocado un cambio sustancial en la manera en que concebimos la vida.

Todos, de una u otra manera, nos hemos visto interpelados por tener que aceptar “el encierro” como parte de nuestra existencia, ya que, por ahora, es la única vacuna que puede librarnos de la enfermedad.

Sin dudas, el mundo transita una profunda crisis, pues el COVID-19 pone en jaque las economías de los países afectados, aún de aquellos sin dificultades económicas.

En este contexto, quiero proponerles detenernos a reflexionar acerca de la salud mental, pues el encierro provocará un fuerte impacto en su consideración.

La cuarentena implicará, en muchos, una profundización de las patologías psiquiátricas preexistentes y, en otros, el surgimiento de enfermedades mentales provocadas por el aislamiento y la consecuente crisis económica.

El coronavirus nos iguala. Todos estamos expuestos a desarrollar una patología psiquiátrica a raíz del encierro. Por tanto, hoy más que nunca estamos llamados a cambiar nuestra mirada en torno a la forma en que concebimos la salud mental.

* Abogada. Curadora Oficial del Ministerio Público Pupilar de la Provincia de Salta.

Históricamente, las causas de la discapacidad surgieron a raíz de los obstáculos que impidieron al enfermo mental ser parte de nuestra sociedad. Esta mirada ha variado a lo largo del tiempo y ha sido claramente influida por los distintos hechos históricos que la atravesaron.

Como lo analizaremos seguidamente, los distintos modelos de intervención continúan vigentes en la actualidad y se visualizan a lo largo de las distintas medidas adoptadas en este aislamiento social preventivo y obligatorio.

a) El modelo de la prescindencia

El *modelo de la prescindencia*, propio de la época clásica y de la Edad Media, consideró que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas. El nacimiento de un niño o niña con discapacidad obedece a un pecado cometido por sus progenitores o una advertencia divina previa a una catástrofe. Los sacerdotes son los encargados de diagnosticar.

Para esta concepción, la persona con discapacidad no es valiosa para su comunidad, constituyendo una carga para la familia y la sociedad, por lo que se propone la privación de esa vida (*submodelo eugenésico*).

Dentro de este modelo de la prescindencia, surge también el *submodelo de marginación*, que excluye al enfermo mental por miedo y rechazo.

b) El modelo médico o rehabilitador

Las guerras y los accidentes laborales de principios del siglo XX fueron el contexto para el desarrollo de un nuevo modelo, el denominado *médico o rehabilitador*.

Este consideró al enfermo mental como alguien que presentaba una desventaja natural biológica, que debía abordarse a través de la ciencia médica a los fines de su “normalización”¹.

La sociedad estaba centrada en aquello que la persona no podía hacer y por tanto dio origen a la denominada “educación especial”.

Sin dudas, en este modelo, la respuesta a la discapacidad era un modelo paternalista que subestima y discrimina, condicionando la vida en sociedad a que la persona disimule u oculte su diferencia para asemejarse a los demás. De lo contrario, y para aquellos que no alcanzaran la meta de la rehabilitación, la respuesta era el confinamiento en un contexto de encierro.

¹ Ver Palacios, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ed. Cinca, 2008, p. 82.

c) El modelo social

A partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –en adelante, la CDPD–, se instaura un nuevo modelo en materia de discapacidad: el *modelo social*.

Esta CDPD ha mudado radicalmente la mirada respecto a las personas con diversidad funcional, al establecer, en su Artículo 12: “[...] las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica [...]”.

El modelo social reconoce que el enfermo mental posee capacidad jurídica y, por tanto, propone: “La vida con una deficiencia es una forma más de existencia y todas las personas son iguales en dignidad, más allá de sus características personales. Por este motivo, las soluciones no deben dirigirse exclusivamente a la persona afectada sino a la sociedad, la que debe estar pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas”².

El *modelo social* manifiesta que la discapacidad es “el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Así se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas –incluyendo las que tengan una discapacidad– sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca, entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no permiten su plena inclusión, de modo que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son” (p. 123).

2. LA SALUD MENTAL EN LA ARGENTINA

Argentina no fue ajena a esta evolución histórica respecto a la consideración del “enfermo mental”. Un repaso por su historia permite reconocer estos modelos, los que coexisten aún en la actualidad.

El enfermo mental fue un muerto civil, que carecía de derechos, un objeto de protección, al que había que confinar en los denominados “manicomios” por su peligrosidad, tal como aún hoy lo define el Artículo 34 del Código Penal.

En nuestro país constituía una práctica común el depósito del enfermo mental en un sector alejado de la ciudad, al lado de los cementerios y las cárceles como una forma de negarlos e invisibilizarlos.

² “La discapacidad: miradas y luchas”, Escuela de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Un incapaz, en los términos del Código Civil de Vélez Sarsfield, requería de un tercero que lo suplantara para hacer posible su vida en sociedad, un tercero que decidiera por él a los fines de alcanzar la “normalidad”. Un insano al que el médico debía curar para darle salud.

La Ley N° 17.711 morigeró esta mirada al incluir el instituto de la inhabilitación para los disminuidos en sus facultades mentales, manteniendo de este modo la capacidad de la persona, con la designación de un curador asistente, que acompañaría al inhábil en la celebración de los actos.

Sin embargo, fue necesario esperar muchos años para el advenimiento de un quiebre en el tratamiento del enfermo mental, el que llegó de la mano de la doctrina de los derechos humanos en cuestiones vinculadas a la capacidad jurídica de las personas mayores de edad.

Nuestro país aprobó dos Convenciones Internacionales que obligaban a modificar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley N° 25.280), y más ampliamente, y con impacto universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley N° 26.378. Ambos instrumentos internacionales poseen jerarquía superior a las leyes, conforme lo dispone el Artículo 31 de la CN.

Asimismo, la CDPD posee rango constitucional en virtud de la Ley N° 27.044, circunstancia que obliga al Estado argentino a contrastar la vigencia de sus normas—tanto de fondo como procedimentales—con los nuevos paradigmas contenidos en estos documentos en el marco del llamado “control de convencionalidad”.

Como bien lo señalan Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, la CDPD “se constituye como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, que adopta el *modelo social* de la discapacidad”³.

Esta concepción es la que ha adoptado nuestro Código Civil y Comercial a partir de la reforma operada en el año 2015.

El Artículo 23 del CCC señala que “toda persona puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

Es en este contexto y como consecuencia de los tratados internacionales mencionados, que en el año 2010, Argentina dicta la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, que regula las intervenciones en materia de salud mental.

A continuación, voy a relacionar lo normado en la Ley N° 26.657/2010 con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional respecto al aislamiento social, preventivo y obligatorio.

³Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Infojus, p. 79.

3. EL COVID-19 Y LA SITUACIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES EN LA ARGENTINA

La Ley N° 26.657 define la salud mental en su Artículo 3° como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

Si se analiza este artículo se advierte que la pandemia COVID-19 atraviesa cada uno de los componentes citados.

Nos encontramos en un momento histórico, que ha afectado de forma radical las economías de todos los países del mundo, generando un profundo impacto en la psiquis de personas con padecimientos mentales preexistentes y aún de aquellos que se autoperciben como “normales”.

Ahora bien, esta construcción que por influencia del impacto médico o rehabilitador generalmente se pone en cabeza de un sector de la sociedad (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, enfermeros), hoy por primera vez nos interpela a todos.

Sin embargo, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, emanado del Poder Ejecutivo Nacional, sólo realiza una referencia indirecta a las personas con discapacidad en el Artículo 6°.

Al momento de evaluarse el aislamiento social, preventivo y obligatorio nunca se analizaron las consecuencias que el encierro podría provocar en las personas afectadas en su salud mental, ni se vislumbraron alternativas para paliar estos efectos en el enfermo mental.

Es decir, una vez más se decidió lo mejor para la sociedad pero no se tuvo en cuenta esta importante porción de nuestra población, que lucha denodadamente por ser aceptada.

El enfermo mental es persona, puede ejercer sus derechos por sí mismo o con la asistencia de un apoyo pero ello de modo alguno impide reconocer que sufre una deficiencia que debe ser tenida en cuenta al momento de regularse su vida de relación, máxime en circunstancias tan especiales como lo es esta pandemia.

Dice Palacios, citando a Yenny Morris: “[...] una incapacidad es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”⁴.

Siguiendo este orden de ideas, la enfermedad mental constituye una deficiencia pero la no consideración de las patologías psiquiátricas en el contexto del aislamiento social, preventivo y obligatorio la convierte en una discapacidad.

⁴ Yenny Morris, citada por Palacios, Agustina, *op. cit.*, pp. 123-124.

La persona con diversidad funcional no comprende los motivos por los cuales no puede salir de su domicilio, el rompimiento de su rutina, la interrupción del tratamiento psiquiátrico y psicológico por el cierre de los consultorios a raíz de la cuarentena, la imposibilidad de realizar actividad física al aire libre o asistir a los Centros de Día donde realiza laborterapia.

Todas estas alteraciones le provocan un desequilibrio psíquico, que de no recibir la correspondiente asistencia estatal profundiza la discapacidad.

Sin embargo, el Decreto N° 297/2020, de fecha 20 de marzo de 2020, sólo hace alusión a los cuidadores de las “personas con discapacidad”.

Dice el Artículo 6°: “quedan exceptuadas del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios [...] *personas que deban asistir a otras con discapacidad* [...]”.

La lectura de la norma revela la terminología utilizada. Esta no resulta menor y permite comprender los alcances del presente análisis; reconocer cómo los distintos modelos continúan vigentes a pesar de la CDPD.

El Artículo 6° contempla a las personas con discapacidad. Técnicamente, cuando hablamos de personas con discapacidad pensamos en personas con diversidad funcional (no videntes, sordomudos, personas con movilidad reducida, personas con retraso mental, autistas), pero difícilmente se nos ocurre incluir a los enfermos mentales (esquizofrénicos, psicóticos, bipolares).

Sin dudas, en nuestra sociedad está latente este temor al paciente psiquiátrico y de allí esta tendencia a evitar nombrarlo, siendo este un modo más de exclusión social.

Ahora bien, sorprendentemente, con posterioridad a este primer decreto se dictan dos Resoluciones aclaratorias de aquel primer DNU N° 297.

La Resolución N° 133 del Ministerio de Desarrollo Social, referida al cuidado de adultos mayores, y la Resolución N° 132/2020 dictada por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, en cuanto al cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, no existe norma alguna respecto a las personas con discapacidad.

Recién el 11 de abril de 2020, y luego de la prórroga del aislamiento social, preventivo y obligatorio, a través del DNU N° 355/2020, la Decisión Administrativa N° 490/2020 habilita breves salidas de personas con discapacidad o con trastorno del espectro autista (TEA), en la cercanía de su residencia, junto a un familiar o conviviente.

En esta línea de pensamiento se admiten también prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista.

Sin embargo, estas normas sólo regulan un sector mínimo de la realidad de nuestros enfermos mentales, poniendo en evidencia los viejos modelos de concepción de la salud mental.

Afortunadamente, y mientras escribía este artículo, se difundió que en fecha 22 de abril, la Agencia Nacional de Discapacidad dictó la Resolución N° 93/2020, que entiendo fue necesaria en el marco de esta cuarentena, a efectos de resolver problemáticas concretas de nuestros enfermos mentales respecto de sus pensiones no contributivas por discapacidad.

Esta Resolución constituye un giro copernicano en materia de salud mental, en especial por cuanto se encuentra íntegramente basada en el modelo social.

Cuando empecé este artículo expresé que atravesábamos una profunda crisis. Ahora termino diciendo que esta pandemia ha convertido esta crisis en una enorme oportunidad.

La Resolución N° 93/2020 reconoce de forma concreta la personalidad jurídica de las personas con discapacidad consagrada en la CDPD.

Merece destacarse que en sus considerandos cita toda la normativa vigente en materia de salud mental, reeptando el modelo social que hemos analizado a lo largo del presente artículo.

Las pensiones no contributivas constituyen un beneficio previsional, que otorga el Estado a todas aquellas personas que presentan una discapacidad, que no cuenten con suficientes recursos y que se encuentren imposibilitadas de trabajar. Son beneficiarios de la misma desde niños hasta adultos que no cuenten con aportes previsionales.

Analicemos los distintos supuestos que prevé la reglamentación.

a) Personas que obtuvieron una pensión no contributiva siendo menores de edad y adquieren la mayoría de edad

Históricamente, y pese a la vigencia de la CDPD, cuando un joven adquiría la mayoría de edad, ANSES exigía el inicio de un Proceso de Restricción a los fines de que la persona lo continuara percibiendo, en el entendimiento de que cesaba la responsabilidad parental, tutela o guarda y, por ende, la persona carecía de representante legal. Esta normativa generaba en muchos casos la suspensión de la pensión hasta el dictado de la sentencia en el proceso judicial, con el consecuente perjuicio para la vida de la persona con discapacidad.

La Resolución N° 93/2020 ha venido a terminar con esta brutal injusticia, por cuanto la considera un acto de discriminación.

En consecuencia, los autoriza a continuar percibiéndola por sí mismos a partir de los 18 años.

En este sentido, la Resolución entiende que la exigencia del Proceso de Restricción de la Capacidad constituye una barrera por tratarse de un proceso judicial extenso, invasivo y violatorio del derecho humano de la persona que accede a una Pensión No Contributiva por Invalidez, pues implica estar sujeto a un proceso judicial para toda la vida.

Esta afirmación resulta absolutamente cierta por cuanto desde el año 2010, con la inclusión del Artículo 152 ter al viejo Código Civil, y con posterioridad y a partir de la vigencia del Nuevo Código Civil, se ha regulado la exigencia de la “revisión de sentencia” en torno a todos los procesos judiciales de Restricción de la Capacidad y Declaración de la Capacidad.

La revisión constituye una herramienta valiosa para muchos enfermos mentales que superan la enfermedad o mitigan los efectos de la misma; pero también resulta una permanente revictimización para aquellos que sufren patologías crónicas que no tienen posibilidad de modificación, por lo que esta primera voz en torno a la necesidad de revisar la normativa vigente resulta altamente alentadora.

Esta reforma resulta útil respecto de enfermos mentales que son autoválidos, comprenden el valor del dinero o tienen apoyos extrajudiciales continentales e idóneos. Sin embargo, puede resultar sumamente peligroso en supuestos de enfermos mentales que no conocen el valor del dinero o se encuentran integrados en familias disfuncionales, que usufructúan el dinero de los enfermos mentales en beneficio de todos los integrantes del grupo familiar.

Dentro de algún tiempo habrá que analizar el impacto de esta norma y el resultado de la reforma en las personas con discapacidad.

Tal vez resulte necesario realizar ciertos ajustes para evitar abusos e influencias indebidas, como bien lo señala la propia CDPD en su Artículo 12.

b) Enfermos mentales mayores de edad sin beneficio previsional que por sí mismos inician el trámite

Por otra parte, la Resolución en estudio también prevé la posibilidad de que el enfermo mental pueda iniciar por sí mismo el trámite para obtener el beneficio previsional ante las oficinas de ANSES, mediante la presentación de la documentación necesaria, con el solo requisito de que *debe comprender el trámite a realizar*.

Esta disposición también implica un cambio profundo, pues históricamente la persona recién se encontraba habilitada a iniciar el trámite cuando contaba con la sentencia de restricción de capacidad o declaración de incapacidad, o en el mejor de los casos se admitía la iniciación del trámite pero se supeditaba el cobro a la obtención de la sentencia de restricción de capacidad/declaración de incapacidad. En consecuencia, muchos enfermos mentales debían esperar largos años para poder percibir su pensión, con todos los perjuicios que ello significaba.

Piénsese que la pensión no contributiva trae aparejado el acceso al Programa Federal de Salud, que brinda al enfermo mental beneficios similares al de una obra social. Esta modificación resulta beneficiosa para el enfermo mental pues a través de un procedimiento ágil y expedito permitirá la tramitación de la pensión no contributiva.

La decisión de la Agencia Nacional de Discapacidad constituye un verdadero ajuste razonable en los términos de la CDPD, ya que éstos son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades individuales (Art. 2º, CDPD).

c) Enfermos mentales que inician el trámite con la presencia de apoyos extrajudiciales

El Artículo 8° prevé la posibilidad de que la persona con discapacidad concurra con sus apoyos extrajudiciales a gestionar el beneficio previsional.

En ese caso, y siempre y cuando éstos últimos respeten la voluntad y preferencias de la persona en situación, admite la iniciación del trámite, exigiendo la firma de la persona con discapacidad y de dos apoyos extrajudiciales.

Resulta plausible que la Resolución contemple un instituto que, pese a que se encontraba vigente desde la sanción del nuevo Código, tuvo casi nula aplicación en nuestros tribunales: “los apoyos extrajudiciales”. Tampoco la doctrina se ha ocupado de este tema, no existiendo bibliografía que lo aborde.

El Código Civil y Comercial de la Nación menciona los apoyos extrajudiciales en el Artículo 43, al establecer: “[...] se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o *extrajudicial* que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general” (el destacado me pertenece).

Adviértase que la norma no prevé la forma de su implementación, siendo tal vez éste el motivo por el cual fue aplicada aisladamente.

A mi entender, *los apoyos extrajudiciales son aquellas personas que respetando la voluntad y preferencias del enfermo mental y sin necesidad de intervención judicial acuerdan con éste asistirlo en su toma de decisiones a los fines de dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

La figura del apoyo extrajudicial surge de la necesidad de darle entidad jurídica a situaciones existentes en la realidad, sin necesidad de iniciar un proceso de restricción de la capacidad.

La consideración de los apoyos extrajudiciales constituye un avance en el reconocimiento de la personalidad jurídica consagrada en la CDPD y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, y tal como está implementado, merece algunas consideraciones de interés.

El Artículo 8°, a diferencia del Artículo 7°, nada dice respecto al nivel de comprensión de la persona. Esto puede llevar a que se presenten personas con alto grado de discapacidad a gestionar la pensión no contributiva, con la sola presencia de sus apoyos; y dará lugar a dos graves consecuencias.

La primera está relacionada con la circunstancia de que en muchos casos si el enfermo mental no cuenta con comprensión respecto del acto que realiza y no conoce el valor del dinero puede incurrir en una mala administración del mismo y en la realización de actos patrimoniales de disposición para los cuales desconozca sus implicancias.

Téngase presente que la concesión de una pensión no contributiva trae aparejado un abanico de operaciones bancarias que pueden poner en serio riesgo al enfermo mental. Me refiero específicamente al endeudamiento con tarjetas de crédito, o bien, a la adquisición de préstamos bancarios.

Por otra parte, al no existir instrumento alguno que determine cuál es la función de este apoyo extrajudicial, puede dar lugar a que el apoyo no sólo acompañe a la persona con discapacidad a iniciar el trámite, sino que con posterioridad administre o disponga de ese dinero.

La experiencia desgraciadamente indica que las personas con discapacidad son frecuentemente estafadas por sus apoyos, quienes utilizan el dinero en su propio beneficio y no en favor del enfermo mental.

De allí la importancia de las salvaguardias previstas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su Artículo 12 señala: “[...] que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona [...]”.

Si bien nuestro Código Civil y Comercial, en su articulado, no utiliza la palabra “salvaguardias”, la prevé en el Artículo 43, cuando se refiere a los apoyos judiciales al señalar que el juez “debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida”.

En conclusión, la implementación de los apoyos extrajudiciales constituye un gran avance para las personas con discapacidad. Sin embargo, creo que en el apuro de sacar la Resolución no se tuvieron en cuenta estas consideraciones.

Tal vez, habría sido conveniente intentar un camino intermedio y, sin exigir la iniciación de un proceso de restricción de capacidad, requerir la presentación de un instrumento público en donde conste la designación de estos apoyos extrajudiciales y la especificación del acto concreto en el cual asistirán al enfermo mental.

En este sentido, se podría haber instrumentado la designación del apoyo extrajudicial mediante un instrumento público realizado por escribano público nacional o a través de un Acta en las Asesorías de Menores e Incapaces del Ministerio Público.

d) Personas con apoyo judicial designado en sentencia judicial

La Resolución N° 93/2020 contempla también en el Artículo 9° la situación de las personas que ya cuentan con apoyo judicial designado, supuesto en el cual se requerirá la firma de la persona designada en la sentencia a los fines de la iniciación del trámite.

En este artículo se advierte una clara influencia del modelo médico o rehabilitador del viejo Código Civil, ya que supedita la iniciación del trámite a la firma del apoyo designado judicialmente, es decir, equipara el apoyo judicial al curador de Vélez Sarsfield.

La norma así redactada desconoce los alcances del apoyo judicial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Artículo 43 del CCN establece que el apoyo judicial contará con distintas intensidades según lo requiera la persona con discapacidad. Así, habrá enfermos mentales que serán asistidos por sus apoyos mediante un consejo; en otros supuestos el apoyo será un codecisor que complementará la voluntad de la persona con discapacidad y, finalmente, y sólo por excepción, los apoyos judiciales asumirán la modalidad de “representantes” (Art. 101, inc. c, CCN), con la finalidad de suscribir por sí solos determinados actos jurídicos específicamente establecidos en la sentencia.

Claramente, este artículo parecería contemplar sólo el apoyo judicial con modalidad representativa, lo que constituye un notable error conceptual.

e) Enfermo mental absolutamente imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado

Finalmente, el Artículo 10 regula el supuesto contemplado en el Artículo 32 *in fine* del CCN, es decir, “cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”.

En este caso, la Resolución ordena que la Agencia Nacional de Discapacidad notifique a la Defensoría Federal de Menores e Incapaces para que determine el curso a seguir.

Claramente, este es el supuesto más complicado, por cuanto el Artículo 32 *in fine* se aplica únicamente y en forma excepcional a casos asimilables al estado de coma, con lo cual resulta difícil que una persona pueda presentarse personalmente a tramitar su pensión o bien que lo haga en compañía de sus apoyos extrajudiciales.

En este sentido, advierto que la única alternativa, más allá de la remisión a la Defensoría Federal de Menores e Incapaces, será la iniciación de la Declaración Judicial de Incapacidad.

En algunos casos tendrá que ser la propia Defensoría Federal la que inicie la Declaración de Incapacidad, cuando la persona carezca de referentes familiares o estos no reúnan las condiciones de idoneidad. En otros, bastará que asesore a los referentes familiares para el inicio de la acción con abogado particular o defensor oficial, si fuere carente de recursos.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA EN LA PSIQUIS DE LOS ARGENTINOS

Nadie sabe cuáles serán las reales consecuencias del COVID-19 en la psiquis de la población argentina. Sin embargo, ya se vislumbra un aumento de personas con estrés postraumático, cuadros de pánico, fobias, trastornos obsesivos compulsivos, trastornos de ansiedad, depresión, ira, confusión, aumento de consumo de alcohol y/o drogas.

Por otra parte, también se ha producido un incremento de las denuncias de violencia familiar, registrándose un significativo aumento de consultas referidas a violencia doméstica.

Piénsese que hoy hay una gran cantidad de grupos familiares conformados por más de cuatro integrantes que deben permanecer las 24 horas del día recluidos en solo una pieza de pequeñas dimensiones, donde los integrantes del grupo familiar se encuentran sumidos en altos niveles de estrés e incertidumbre económica.

Sin dudas, esta convivencia, sumada a la difícil situación económica que hoy atraviesa nuestro país, genera en las familias argentinas una profunda tensión que en muchos casos desencadena episodios de violencia familiar.

Esta realidad histórica, económica y social necesariamente debe ser atendida por el Estado a los fines de paliar las consecuencias de este aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Claramente, es lo que el gobierno ha entendido en la tercera prórroga de la cuarentena, prolongada hasta el día 10 de mayo del corriente año, al permitir salidas breves, de una hora como máximo, a no más de 500 metros del domicilio, respetando la distancia y la utilización del tapaboca.

5. CONCLUSIÓN

El coronavirus ha venido a equiparar a la sociedad argentina, aún con esta porción de nuestra sociedad a la que no queremos mirar y que nos genera tanto temor: los enfermos mentales.

El aislamiento social, preventivo y obligatorio nos obliga a transitar el encierro que vivencian los enfermos mentales en los famosos “manicomios”, encontrándonos en muchos momentos desubicados temporo-espacialmente sin poder precisar el día en que vivimos.

Estos días de cuarentena constituyen una dolorosa invitación a ponernos en el lugar de esta sufriente porción de nuestra sociedad.

Piénsese que hay enfermos mentales que han permanecido en contextos de aislamiento un promedio aproximado de treinta a cuarenta años.

La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657/2010 ha venido a proponer alternativas en torno a esta situación.

Así, el Artículo 27 estableció la prohibición de crear nuevos manicomios, neuropsiquiátricos, o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados ordenándose que los ya existentes debían ser sustituidos por dispositivos alternativos, tales como casas de convivencia, hogares y familias sustitutas. Sin embargo, es muy poco lo que se ha avanzado en este sentido, ya que los manicomios continúan vigentes.

El motivo responde a que en la mayoría de nuestras provincias no se cumple lo ordenado por el Artículo 28 de la Ley N° 26.657/2010, la cual ordena que las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales.

La Ley Nacional de Salud Mental sanciona como acto discriminatorio, en los términos de la Ley N° 23.592, el rechazo en la atención de pacientes psiquiátricos. Sin embargo, la realidad es que los hospitales generales se resisten a establecer un ala psiquiátrica a

los fines de suplantar las instituciones manicomiales, obstaculizando incluso su atención ante cuestiones clínicas que nada tienen que ver con sus patologías psiquiátricas de base.

Esta realidad pone en debate la mirada que como sociedad tenemos del enfermo mental. La exclusión y el rechazo no han cesado. La puesta en vigencia de la Resolución N° 93/2020 viene a mitigar el dolor que pesa sobre el enfermo mental en nuestra sociedad.

Esperemos que sea el puntapié inicial para que la CDPD se haga efectiva y operativa en todos los rincones de nuestra Argentina, porque si hay algo que este aislamiento social, preventivo y obligatorio ha puesto de relieve es el sufrimiento que provoca el encierro.

Todos estamos llamados a destruir las barreras que excluyen a nuestros enfermos mentales para así construir los puentes que les permitan ser parte y protagonistas de nuestra sociedad.

CUESTIONES JURISDICCIONALES

NOTAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS ESTADOS DE EMERGENCIA. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y EL PODER JUDICIAL

IGNACIO COLOMBO*

1. INTRODUCCIÓN

Estamos recorriendo una tragedia mundial, una pandemia implacable avanza sobre la vida de miles de personas, pero además, sobre los sistemas sanitarios, económicos y, lo que ahora nos interesa, sobre los ordenamientos constitucionales de los Estados. En este último sentido, diversos países se encuentran transitando distintos procesos de emergencia. Ello supone un doble problema desde el punto de vista constitucional: el acrecentamiento del poder y una correlativa restricción a los derechos y garantías de los ciudadanos.

En medio de una emergencia es muy difícil aislarse, racionalizar e intentar presentar posicionamientos críticos sobre lo que sucede y las medidas que se toman. Se suele esgrimir, por ejemplo, que este no es el momento propicio para reflexiones teóricas, acá debemos dejar, se nos indica, que los poderes públicos actúen y nosotros limitarnos a acatar las medidas impuestas. En este artículo intentaré demostrar, brevemente, por qué debemos rechazar, con argumentos de teoría constitucional, esta actitud a-crítica. Es que cuando el poder político acrecienta sus potestades es cuando debemos prender la mayor cantidad de alarmas posibles.

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Diplomado en Estudios Avanzados –DEA– (Universidad de Castilla-La Mancha). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Castilla-La Mancha). Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Universidad Católica y Nacional de Salta). Juez de Garantías Poder Judicial de Salta.

Toda la reflexión que aquí proponemos postula la utilidad de partir del derecho constitucional como matriz para comprender y ordenar los procesos de emergencias, haciendo especial referencia a la situación argentina en particular.

En la primera parte efectuaremos consideraciones sobre la crisis de la idea de sistema jurídico ante la emergencia. Luego de ello esbozaremos algunos conceptos sobre el ideal constitucional de limitación al poder, preguntándonos, en esa línea, por qué y cómo se efectúa, puesto que la técnica republicana de restricción al poder es, precisamente, la que puede ser puesta en suspenso o flexibilizada en momentos de emergencia. Avanzaremos, luego, con la co-implicancia poder-derecho, en el sentido de que un desajuste en la ingeniería constitucional –el ensanchamiento excesivo de un poder del Estado– impactará inevitablemente en los derechos de los ciudadanos. Luego desarrollaremos la noción de garantías constitucionales como vasos comunicantes entre el desajuste de los poderes estatales y los derechos restringidos o suspendidos. Señalaremos que las garantías representan mecanismos que se disparan cuando un derecho es lesionado por, aunque no solamente, el poder político y, por ello, tienen un destacado rol en contextos de emergencia. Y como un reflejo inevitable de este concepto, indicaremos la función del Poder Judicial como el garante último de los derechos amenazados.

2. EMERGENCIA Y CRISIS DEL SISTEMA JURÍDICO –Y DE LAS GARANTÍAS–

En nuestro país asistimos a un momento jurídicamente complejo en donde, como consecuencia de la emergencia, coexisten de manera desordenada diversas manifestaciones normativas que parecen poner en crisis la idea misma de “sistema jurídico”.

Como ejemplos de ello podemos referir, entre otras cuestiones, a: i) La ausencia prolongada de control parlamentario de los Decretos emanados por los ejecutivos nacionales y provinciales –inevitable ante la paralización del Congreso y varias de las legislaturas provinciales–¹; ii) La falta o inadecuación en el control judicial, con algunas excepciones (la feria extraordinaria ha generado problemas de acceso a la jurisdicción y algunos fallos cuestionables²); iii) La utilización del derecho penal de manera cada vez más extendida e indebida para “apuntalar” las medidas tomadas por los ejecutivos (como ejemplo, se ha imputado a una persona por intimidación pública, por publicar un chiste en Twitter –ciberpatrullaje–³ o la utilización indiscriminada de los Arts. 205 y 239 del Código

¹ Parecería que con el reciente pronunciamiento de la Corte las sesiones se reanudarán en breve: “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, CSJN, 353/2020/CS1.

² La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán rechazó un amparo para que ciudadanos tucumanos pudieran volver del exterior. “Contreras, Jorge Andrés c/ Estado Nacional”, <https://www.diariojudicial.com/nota/86143>, consulta: 19-4-2020. Estos ciudadanos se encontraban en una situación desesperante, sin dinero y viviendo en el aeropuerto a la espera de una solución.

³ En la Resolución N° 78/2020, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH ha manifestado su preocupación al respecto. Así se indica: “En Argentina, se habrían iniciado causas penales por ‘intimidación pública’ contra al menos cinco personas que publicaron en sus redes sociales información que

Penal⁴). El derecho penal supone la aplicación del poder punitivo del Estado sobre el individuo, lo cual deviene sensible en estados de emergencia; iv) El dictado de diversas disposiciones disparatadas tanto por parte de algunos gobiernos provinciales como municipales. Los ejemplos abundan: se han dictado DNU en materia penal –alegando su naturaleza contravencional–⁵, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha dictado una resolución en la que restringía, más allá del aislamiento social obligatorio, la salida de las personas mayores de 70 años⁶. También directamente, de hecho, esto es, sin normas respaldatorias, se han dispuesto –coactivamente– distintas medidas abiertamente inconstitucionales: cierres de rutas de acceso a las provincias e intendencias, barricadas entre municipios, etc. Esto sin mencionar algunas medidas que se han propuesto y que, hasta el momento, afortunadamente no han prosperado (marcar con una faja los domicilios de los enfermos en la provincia de Jujuy, por ejemplo).

Lo que sucede como lógica consecuencia de una emergencia prolongada en el tiempo, es que, paulatinamente, se va erosionando al “sistema jurídico”⁷, esto es, la existencia de un conjunto ordenado de normas que se encadenan y se subordinan, todas ellas, a la norma constitucional. Por ello es que proliferan disposiciones aisladas y apartadas de los principios constitucionales que deben fundarlas⁸. Siguiendo la terminología hartiana, puede decirse que lo que ocurre es que muchas de las órdenes y disposiciones que están dictando las autoridades públicas –normas primarias– se encuentran desarticuladas con relación a las normas secundarias, que son, precisamente, las que establecen los criterios de validez que se deben seguir para que un precepto –primario– pertenezca institucionalmente a un determinado sistema (reglas de reconocimiento, de adjudicación y cambio)⁹. Así, por ejemplo, una disposición no será válida si no se ha dictado conforme a las pautas fijadas por la Constitución –que es la norma supra-ordenadora.

sería falsa [...] Tanto en Colombia como en Argentina se estarían realizando labores de ‘ciberpatrullaje’, que tendrían como objetivo identificar cuentas que difundan información falsa. En el caso de Argentina, la ministra de Seguridad de la Nación afirmó que dichas tareas buscaban detectar ‘el humor social’; sobre el particular, el gobierno argentino informó que la Secretaría de Estado precisó que la actividad será regulada por un protocolo de actuación, que se construye en línea con los estándares interamericanos y en consulta con la sociedad civil”.

⁴ Ambos artículos, el 205 (desobediencia a autoridades sanitarias) y el 239 (desobediencia a autoridad pública) del Código Penal configuran “cheques en blanco”; puesto que cualquier disposición que dicte la autoridad pública y sea desobedecida cae en la tipificación penal. Esto es especialmente problemático –por el mal uso que supondría del derecho penal– en contextos como los de emergencias, y en donde las autoridades deben dictar numerosas normas y disposiciones sin los controles previos pertinentes.

⁵ Ante un decreto de esta naturaleza, en la provincia de Salta, el CELS ha presentado un amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del mismo: <https://www.cels.org.ar/web/2020/04/salta-el-dnu-provincial-que-establece-la-privacion-de-libertad-a-quienes-no-respetan-el-aislamiento-es-inconstitucional/>.

⁶ Resolución N° 16/MJGGC/2020: https://www.clarin.com/ciudades/coronavirus-mayores-70-anos-pedir-permiso-salir-hacer-compras-pagar-servicios_0_BSk2aQ1PP.html. Consulta: 19-4-2020.

⁷ Más allá de cuál sea la naturaleza de este sistema, esto es, abierto o cerrado. Cfr. Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 193-239.

⁸ Bobbio sostenía que “el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas. En suma, una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo”. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. Jorge Guerrero R., 2ª edición, Bogotá, Temis, 2002, p. 13.

⁹ Hart, H., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 117 a 120.

Y esto es de gran relevancia o importancia para las garantías de los ciudadanos, puesto que sin un conjunto de criterios que indiquen los procedimientos necesarios a seguir para la creación normativa, cualquier medida coactiva será inmediatamente norma, sin que se puedan identificar, en última instancia, las válidas de las inválidas¹⁰. Ello implica que tampoco podamos auditar—mediante los propios mecanismos previos y concomitantes de control que el ordenamiento prevé— los actos así dictados.

El estado de emergencia que estamos atravesando es, entonces, de tal magnitud, que ha generado un desorden sistémico en todos los órdenes. Los poderes ejecutivos—nacional y provinciales— se encuentran legislando mediante decretos que no cuentan con control parlamentario. A su vez, ante la feria judicial extraordinaria decretada, existe poco o escaso control por parte del Poder judicial. Y llegados a este punto, cabe recordar la idea, central en el constitucionalismo, basada en que la ingeniería del poder, el mecanismo de pesos y contrapesos, está dirigida a la protección de los derechos de los ciudadanos. La idea fuerza es que la única forma efectiva de proteger a los derechos es mediante técnicas que limitan el poder. Por ello, en definitiva, el peligro concreto que genera el desarreglo institucional impacta directamente sobre los derechos y las garantías. Dicho de otro modo, un “desorden” en la parte orgánica de la Constitución (en la “sala de máquinas”¹¹) repercutirá inevitablemente sobre la parte dogmática.

En ese sentido, la Constitución debe ser la matriz que permita reclasificar y re-organizar a todos los elementos, “reconociendo” a los que pertenecen al sistema y desplazando a aquellos que resulten inconstitucionales. Se debe reestablecer, entonces, la “cadena de subordinación”¹² normativa desde su centro, que es la norma constitucional.

Este análisis, a primera vista, aparece en extremo formal—como si se tratara de una mera cuestión de orden— pero ahora, nos dedicaremos a destacar las razones materiales o sustanciales para no apartarnos de las pautas constitucionales.

¹⁰ Podría, aquí, aplicarse la sentencia de San Agustín, quien afirmó, en un muy citado pasaje: “Sin la justicia, ¿qué serían los reinos sino bandas de ladrones?” (*De Civitate*, IV, 4). “Por ello, inteligente y veraz fue la respuesta dada a Alejandro Magno por un pirata que había caído en su poder, pues habiéndole preguntado el rey por qué infestaba el mar, con audaz libertad el pirata respondió: por el mismo motivo por el que tú infestas la tierra; pero ya que yo lo hago con un pequeño bajel me llaman ladrón, y a ti porque lo haces con formidables ejércitos, te llaman emperador”. (*De Civitate*, IV, 4).

¹¹ Para usar la imagen propuesta por Roberto Gargarella, quien afirma, en el sentido que venimos exponiendo, que debe prestarse atención a la “dinámica interna” de las constituciones, puesto que “reformas introducidas en una sección de la Constitución (por ejemplo, en la sección de derechos) impactan en la sección contraria (la relativa a la organización del poder), y viceversa (nos referimos de este modo al *impacto cruzado* de las reformas)”. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 355.

¹² Cfr. Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, tr. cast. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 203 y sigs.

3. EL PODER Y EL DERECHO: FINALIDADES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

No debemos perder de vista que el constitucionalismo ha intentado siempre racionalizar al poder, despersonalizarlo, normalizarlo. El gran desafío que debió enfrentar fue resolver el gran dilema de cómo pasar de un “gobierno de hombres” (democracia) a un “gobierno de leyes” (república), viéndose obligado a trabajar con conceptos en tensión para intentar armonizar lo que, *a priori*, parecía irreconciliable. Para ello tuvo que elaborar una serie de sofisticadas nociones que permitirían la increíble alquimia de transformar al poder “desnudo” en un poder “domesticado” y “regularizado” por normas. Así, por ejemplo, la genial invención de Sièyès, el Poder Constituyente Originario, que supone un minuto “cero” de la soberanía popular y, en donde, en virtud de su actuación—casi milagrosa— se produce el paso de lo político a lo jurídico—ahora, luego de la actuación del constituyente, la soberanía pasa a descansar pura y exclusivamente en la Constitución. Este mítico sujeto encarna la voluntad popular (exigida por la *democracia*) y en un acto originario (sin normas previas) crea la Constitución *ex nihilo*¹³. A partir de ese momento el constituyente “desaparece” y todos los poderes constituidos, incluido el de reforma, quedan sujetos a la norma fundamental (se materializa la *república* y la sujeción de todos a la ley). El propio poder constituyente transmuta de originario a derivado¹⁴, y con ello queda él también sometido a su propia obra. La democracia, empieza, así, a ser una democracia delimitada por normas procesales y sustanciales, convirtiéndose en una democracia adjetivada como “constitucional”.

De Vega indica, en ese sentido, que es un “dogma indiscutible” el que establece que “aprobada la constitución por el pueblo, todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, y el poder constituyente desaparece, para que la normativa fundamental se convierta en el centro de referencia básico del sistema. La constitución se presenta entonces como ley suprema que, en sustitución del poder soberano del pueblo, aletargado y silencioso, ejercita, como dirían Kelsen y Krabbe, una auténtica soberanía de la Ley y del Derecho”¹⁵.

¹³ Cfr. Requejo Pagés, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, CEPC, 1998, p. 17.

¹⁴ Riberi ha utilizado la metáfora de Dr. Jekyll y Mr. Hyde para referir a un poder que muta de “todopoderoso y creador” a “creado y limitado”, como si un mismo sujeto tuviera la potencialidad de transformarse “esencialmente”. Agrega: “[...] la taxonomía que distingue un Poder Constituyente Derivado como una categoría devaluada del Poder Constituyente Originario o ‘revolucionario’, no es otra cosa que una categoría académica que ha sido muy utilizada tanto por el pensamiento conservador como para el liberalismo extremo. Muchos juristas que desconfían de la democracia y de las mayorías, han hecho que dicha definición hoy forme parte de un catecismo indiscutido en los textos de la materia. Por el contrario, para el llamado constitucionalismo popular dicha distinción ha sido más bien desconocida en términos heurísticos e históricos. La misma, además, siempre ha despertado desconfianzas por cierto”; Riberi, Pablo, “Poder constituyente derivado, un mito del criptoconstitucionalismo”, ponencia presentada en las Jornadas Argentino, Chileno, Peruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008.

¹⁵ De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 222.

Además de esta explicación cuasi “ontológica”, se ha intentado explicar este fenómeno de sujeción de la comunidad política a las normas desde la noción del auto-interés del “pueblo”. En la consabida imagen, popularizada por autores como Elster y Holmes, Ulises se hace atar al mástil de su barco para no dejarse seducir por el canto de las sirenas. Con esa autorrestricción buscaba escapar del impulso pasional del momento y obtener, así, un bien mayor y a largo plazo (protegiendo su vida). De igual modo, nos dicen estos autores, la comunidad política, en etapas de tranquilidad, toma la decisión de “atarse” a sí misma a las disposiciones normativas (a las constituciones) para evitar decisiones erradas y coyunturales que podrían tomarse en momentos de pasión colectiva y obtener beneficios de mayor envergadura y sostenibles en el tiempo¹⁶.

Si se quiere esta metáfora “encaja” perfectamente con las coyunturas de emergencia, en las que las comunidades, movidas por el miedo o por pasión¹⁷, podrían tomar decisiones autolesivas de no seguir las reglas constitucionales.

4. MOMENTOS DE EMERGENCIA CONSTITUCIONAL

No obstante estos esfuerzos conceptuales, los ordenamientos jurídicos se encuentran, sin dudas, atravesados por la tensión interna que se genera entre el concepto de soberanía popular –el poder político– y el de soberanía de la ley –la supremacía normativa. En general, en los momentos de normalidad prevalece la supremacía de la ley, pero en los momentos excepcionales, cuando las distintas emergencias nos sacan de la cotidianidad, el poder político –el soberano– reaparece y nuestros derechos y garantías comienzan a debilitarse¹⁸. Pero la lucha por someter al poder político no se detiene, y el ingenio

¹⁶ Holmes Stephen: “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Jon Elster y Run Slagstad (coordinadores), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999. Elster, Jon, *Ulysses and the Sirens, Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979. Elster reseña que, para John Potter Stockton, “las constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen [...]”. De un modo parecido, Friedrich Hayek se refiere a la idea de que una Constitución es una atadura que el Peter sobrio le impone al Peter bebido. En una aseveración más reciente, Cass Sustein escribe: “Las estrategias de precompromiso constitucional podrían servir para salvar la miopía o la debilidad de la voluntad por parte de la colectividad”, citado en Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 112. En Argentina, ha trabajado el tema Riberi, Pablo, “Límites del poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, pp. 91-144, en AA. VV., Núñez Leiva, J. I., *Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Santiago de Chile, Librotécnica, 2011, *passim*.

¹⁷ Tal vez puedan analizarse muchas de las decisiones económicas que se toman desde esta óptica.

¹⁸ Carl Schmitt creía que en esos momentos es en donde se corre el velo ficcional y se advertía con claridad que, en definitiva, todo el sistema jurídico descansa, en última instancia, en una decisión –la del soberano. Estas nociones fueron especialmente desarrolladas por Schmitt en dos de sus obras: *Teología política y La dictadura*. Cfr. Schmitt, Carl, *La dictadura* (versión en español, traducción José Díaz García), Madrid, Alianza, 1985. *Teología política* (versión en español), México, Fondo de Cultura Económica, 2001. Por ejemplo: “El estado de excepción, suspendiendo la norma, revela en absoluta pureza un elemento formal específicamente jurídico: la decisión”, *Teología*, cit., p. 28. “El soberano está fuera del orden jurídico normalmente válido, y sin embargo pertenece a él, porque es responsable por la decisión acerca de si la constitución puede ser suspendida *in toto*”. *Ibidem*, p. 24.

constitucionalista se agudiza, esforzándose por regular, también, estas situaciones de emergencia; aceptándolas, pero fijándoles una finalidad (proteger el orden constitucional) y estipulándoles tanto requisitos de procedencia como límites –materiales y temporales. Así surge el nuevo intento de racionalizar al poder mediante diversos, aunque similares, institutos, que configuran lo que se ha llamado el Derecho Constitucional de Emergencia: normas de emergencia, estados de alarma, de excepción, etc.

El derecho, entonces, intenta presentar una serie de conceptos y, en definitiva, un lenguaje jurídico para abordar, transitar y solucionar cada una de estas situaciones “emergenciales”. La frontera jurídico-política es borrosa, pero existe, y desde esa frontera debemos pensar y criticar las decisiones que se toman en estos complejos momentos. Y esto es relevante, puesto que, en momentos de mayor crisis, mayor es la tentación de abandonar el lenguaje jurídico y pasar al lenguaje político, esto es, pasar del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres¹⁹.

En ese marco pueden repasarse algunos de los problemas que estos estados pueden presentar cuando la frontera no se respeta –muchos de los cuales se avizoran en la situación actual argentina–: i) Desde la organización del poder: el gobierno exclusivo de un líder político –el gobierno por decretos–; correlativo a ello: la desarticulación de los demás poderes del Estado –y por ende, de la maquinaria de pesos y contra-pesos–, un legislativo que no se reúne y un judicial que no funciona –o solo lo hace para casos de urgencia–; ii) Desde la parte dogmática: la limitación indebida y desmedido de los derechos fundamentales; la flexibilización excesiva del derecho represivo; iii) En la intersección entre la parte orgánica y la parte dogmática: las garantías constitucionales en crisis –ante la desarticulación del Poder Judicial y la restricción propia que las garantías sufren en momentos “emergenciales”.

Todos estos problemas nos dejan ver los profundos motivos que tiene el constitucionalismo para perseguir el fin que hemos descripto: limitar al poder. La respuesta viene dada desde la noción de persona/individuo que es la contraparte inevitable y vulnerable del poder. El razonamiento del constitucionalismo –que es de raigambre liberal– parte de la tesis de que la única forma de asegurar el goce del ejercicio de los derechos por parte de los individuos es limitando y controlando al poder que es, en definitiva, quien podría desconocerlos o lesionarlos. De allí que toda la ingeniería del poder –las llamadas “partes orgánicas” de las constituciones– esté construida desde esa teleología general.

Y acá, en la intersección entre la parte orgánica y dogmática aparece un vaso comunicante: las *garantías*. Ellas han sido definidas tradicionalmente como aquellos mecanismos que existen para resguardar o para reestablecer los derechos cuando éstos son desconocidos. Dicho de otro modo, son los “remedios” mediante los cuales se interpela a los poderes estatales –en general, pero no exclusivamente, al Judicial– para reestablecer el derecho amenazado o lesionado.

¹⁹ Con pesimismo reflexionaba Agamben, y esto es lo que hay que tratar de evitar, que los estados de excepción generan un “círculo vicioso por el cual las medidas excepcionales que se intenta justificar para la defensa de la Constitución democrática son las mismas que conducen a su ruina”. Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2005, p. 34.

Más adelante ahondaremos en esta cuestión y, anudado a ello, analizaremos el rol de la jurisdicción en situaciones de debilitamiento de las garantías. Veremos, en ese sentido, cómo las garantías, en estados de emergencia, deben ser sostenidas por un Poder Judicial activo, puesto que ellas representan la vía –el vaso comunicante entre los derechos y el poder– para que el ciudadano pueda exigir el restablecimiento del equilibrio entre poderes y no quede, a su vez, a merced de un “poder desatado”²⁰.

5. EL ANÁLISIS SUSTANCIAL Y EL ANÁLISIS PROCEDIMENTAL. LA DECISIÓN VIRTUOSA VS. LOS PROCEDIMIENTOS (ÁNGELES VS. DEMONIOS)

Dicho todo lo anterior, corresponde ahora pasar a un segundo nivel de análisis. Una de las preguntas que se plantean cuando existen emergencias, como la que estamos atravesando, es si vale la pena, si no es realmente un obstáculo, cumplir estrictamente con las formas constitucionales existentes. Se sugiere que si hay que tomar decisiones urgentes el “formalismo” podría resultar un verdadero obstáculo. Y en este punto, además de lo dicho anteriormente (esto es, que allí, precisamente, se juega la siempre tensa partida entre poder y derecho a la vez que la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos), cabe hacer algunas reflexiones acerca del valor de las formas y procedimientos en las democracias constitucionales.

En un diseño constitucional, los procedimientos están previstos para asegurar la legitimidad de las decisiones que se toman. Los controles y la interacción entre los poderes tienen, entonces, la enorme importancia de posibilitar la deliberación previa y el control posterior que legitiman las decisiones que se toman.

Por un lado, cabe recordar la famosa reflexión de Madison (*El Federalista*, 51) respecto de la necesidad de que el poder esté siempre dividido y controlado, puesto que la metodología adecuada, al momento de construir instituciones, es pensar que ellas están dirigidas a contener a gobernantes poco virtuosos. Madison sostuvo, en esa línea, que “si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario”. Así justificó el control recíproco entre poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– que fue incorporado, luego, por el constitucionalismo clásico. Siendo así, la ingeniería de pesos y contrapesos tiene un sentido estructural y debe siempre estar presente, aunque la decisión coyuntural, como podría ser el caso, fuera correcta.

Por otro lado, desde la perspectiva deliberativa, se ha marcado que los diseños institucionales existen, también, para permitir la participación de la mayor cantidad de voces posibles y, en particular, de las que se verían afectadas por la decisión. Ese rasgo es lo que, en definitiva, le da valor a la resolución final que se toma. Decía Nino que la

²⁰ Nino señalaba: “El principio general en una democracia liberal es que en todo acto de privación de un bien a un individuo deben intervenir todos los poderes del Estado que tengan la debida independencia entre sí [...] El ideal de una democracia liberal es que entre *el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez*”. Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 446.

visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve la tensión entre el proceso y el contenido, y ello porque el proceso es lo valioso en sí mismo: “[...] el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos”²¹.

El aislamiento obligatorio y, en rigor de verdad, todas las decisiones que los ejecutivos están tomando en soledad, tanto a nivel nacional y provincial, no vienen acompañadas de la necesaria deliberación y control que les otorga su valor democrático²². Es por ello que, más allá de su corrección material (que esa es otra cuestión a debatir y reevaluar constantemente), debemos someterlas a escrutinio e insistir constantemente para que ellas se aparten lo menos posible de la ingeniería constitucional existente y vigente (Comisión Bicameral, Congreso, Poder Judicial, Publicidad, etc.).

Debido a su mérito epistémico y a su ingeniería de control, los procedimientos deben ser respetados estrictamente más allá de la decisión que se tome. Puede ser, como parece ser el caso, que la decisión del aislamiento sea “materialmente” correcta, pero ello no debe hacernos perder de vista cómo se tomó, si se respetaron los procedimientos de control –legislativo y judicial–, etc. Dicho de otra forma, la decisión en sí misma, aunque nos parezca correcta, no debe desprenderse nunca de los mecanismos procedimentales²³.

6. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LA EMERGENCIA

Este es el contexto adecuado para introducir el tema de las garantías que son, precisamente, procedimientos constitucionales que protegen los derechos de las personas. Pueden definirse, simplificada y como los mecanismos que preceden –*a priori*– y que se activan después –*a posteriori*– de la limitación o lesión de un derecho²⁴.

²¹ Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 190.

²² En este sentido parece atractiva la propuesta de Etchichurry y Mateos, consistente en incorporar, al nivel de las decisiones del ejecutivo, herramientas de participación ciudadana. Como ejemplo señalan la posible incorporación de audiencias públicas y otros mecanismos en virtud de los cuales “el Ejecutivo puede incorporar aportes de grupos afectados por las medidas, abrir espacio a propuestas de mejoras y transparentar los objetivos y costos”. Etchichurry, Horacio J.; Mateos, Cecilia I., “Crisis y derechos: Una salida constitucional”, en *Jurisprudencia Argentina, Número especial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 15-4-2020, 2020-II, fasc. 3, pp. 87-112, p. 103.

²³ Vid. la defensa al cumplimiento de la reglas por sobre los fines buscados por el derecho en: Rosler, Andrés, “El fin del derecho (y cómo seguirlo durante una emergencia)”, en *La Causa de Catón*, 18 de abril de 2020: https://la-causa-de-caton.blogspot.com/2020/04/el-fin-en-el-derecho-y-como-seguirlo.html?sref=fb&fbclid=IwAR0CXixf_111-tvFkO6u4jcODi8TkNAXi5a2aCI7IHSy-LfwKW2Y8R0X3sk. Consulta: 21-4-2020.

²⁴ Debe marcarse que el término “garantía” resulta de extrema vaguedad, tanto en su uso como en la doctrina jurídica. Así, algunos ni siquiera distinguen entre derechos y garantías, cuestión que nos parece un error. Nosotros referiremos a lo que Linares ha llamado “garantía” en sentido estricto. Cfr. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 9. A este respecto recomendamos la lectura de: Caminos, Pedro, “Una nota sobre los derechos constitucionales de libertad y sus garantías”, en Academia.edu, disponible en: https://www.academia.edu/42356157/Una_Nota_sobre_los_Derechos_Constitucionales_de_Libertad_y_sus_Garant%C3%ADas. Consulta: 20-4-2020.

El marco del derecho de emergencia nos obliga a mirar detenidamente y de manera analítica a las garantías. Una de las consecuencias jurídicas de las emergencias es que ellas exigen tomar decisiones urgentes para salvaguardar al orden constitucional. Es por ello que todo el sistema debe ordenarse a dicha finalidad. Esto nos lleva a la necesaria conclusión de que las garantías—que podrían demorar la implementación de una decisión de emergencia— deben también estar alineadas con este fin superior. Por ello debemos reflexionar sobre cuáles son las que pueden flexibilizarse o, eventualmente, suspenderse en consecuencia. Ensayaremos, para ello, una clasificación entre: i) garantías *a-priori*, estas son las que se activan antes de la restricción del derecho, y ii) garantías *a-posteriori*, las que funcionan como mecanismos de control una vez que la restricción ya se ha producido.

En efecto, algunas garantías funcionan, en primera instancia, como condición de posibilidad a la limitación de un derecho—por ejemplo, principio de legalidad, *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio praevio*, principio de inocencia, etc. Nino, siguiendo a Tribe, señalaba agudamente que estas garantías encuentran fundamento en los principios que dimanan de las democracias liberales y que imponen que, antes de restringir un derecho, se sigan estrictamente los procedimientos y se escuche al posible afectado. De ese modo él también participaría de la deliberación y de una decisión que podría afectarlo²⁵. En esta línea, como es fácil advertir, las garantías se inscriben en la fundamentación epistémica de los procedimientos que hemos delineado en párrafos anteriores y, en particular, cuando se determina específicamente quién será el afectado por la decisión.

Pero también existe otro grupo de garantías que operan ulteriormente, esto es, como remedios para restaurar los derechos que han sido violados o están amenazados por una decisión ya tomada. Ellas sirven para analizar la legitimidad de la medida y mantenerla o revocarla según sea la conclusión a la que se arribe. Como ejemplo podríamos mencionar al control de constitucionalidad—como garantía genérica—y a los procesos constitucionales en particular—amparo, hábeas corpus, hábeas data.

²⁵ Nino, Carlos S., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 446 y 447. Así afirma: “[...] hay dos justificaciones principales de la necesidad de interponer un proceso contra la privación de un bien y el individuo que es objeto de ella: la primera, que este autor favorece, aduce un *valor intrínseco* en el hecho de que el individuo pasible de coacción no sea simplemente manipulado, sino que sea participe de un diálogo en el que se lo trate de convencer—así como él trata de convencer de la posición contraria— sobre la justificación del acto de coacción. Ello implica respetar la dignidad de la persona, considerándola capaz de valorar y participar de la búsqueda conjunta de la verdad”. pp. 486 y 487. Y concluye: “[...] por un lado, el hecho de que un acto que puede implicar, *prima facie*, la infracción de un derecho debe hacerse con los máximos recaudos de que se den las condiciones que lo hacen justificable; por el otro, la circunstancia de que en la justificación de ese acto de coacción debe participar el individuo que es o puede ser destinatario de él, no solamente en el debate democrático que conduce a la sanción de la ley que lo permite en términos generales, sino también en la discusión sobre la procedencia de la privación en el caso particular”, *ibidem*, p. 447.

Como se advierte, estas garantías no se refieren directamente al proceso de toma de decisiones –sea porque ya se dispuso, salteándose las garantías *a priori*, o porque, aunque sí hayan operado esas garantías, se busca una auditoría constante de la validez de la misma–, sino a la faceta de control que también postula el constitucionalismo. Una vez que se ha tomado una decisión que afecta o puede afectar los derechos de un ciudadano estas garantías se activan. Acá se verificará si la medida restrictiva de los derechos es legítima, estrictamente necesaria y proporcional.

Esta clasificación resulta relevante en este punto, puesto que se desprende de ella que, en las emergencias, las garantías que pueden suspenderse o “relajarse” son solo algunas del primer grupo (especialmente aquellas relativas a la toma misma de la decisión), pero nunca, y esto es esencial, las de segundo orden. Por ejemplo, el presidente puede, directamente y por sí, arrestar, allanar y abrir correspondencia durante un Estado de Sitio, pero el hábeas corpus o cualquier otro proceso constitucional como vía para controlar la legitimidad de la medida jamás puede anularse. Al contrario, es en esos momentos en donde este tipo de garantías debe robustecerse –paralelamente al debilitamiento de las previas.

Análogamente, y llevando el marco teórico descripto a la situación actual, durante una situación de grave emergencia el presidente puede restringir severamente algunos derechos salteando los procedimientos ordinarios, pero siempre deberá existir la posibilidad de controlar esas medidas. De ese modo se equilibra la necesidad imperiosa de tomar medidas urgentes para salvaguardar derechos considerados de mayor relevancia, con la vigencia irrenunciable de las garantías constitucionales (en su faceta *a-posteriori*).

Sirva el ejemplo de la pandemia: si no se decretaba inmediatamente –Poder Ejecutivo– y se producía instantáneamente la limitación al derecho de circulación de los habitantes, la eficacia de las medidas podría haberse comprometido y, en consecuencia, el derecho a la salud pública podría haber quedado gravemente afectado. Pero una vez dictada la medida –sin que existan obstáculos temporales, ni siquiera los que exigen las garantías *a priori*²⁶–, las garantías de “control” deben activarse.

Entonces, la dinámica que debe existir entre las garantías, tanto para los estados de emergencia como los de sitio, es que ante el debilitamiento de las primeras las segundas deben robustecerse fuertemente. Y es que la decisión no ha pasado por el esquema dialógico previo, por lo que cuenta con poca legitimidad democrática –solo la que le dan las normas constitucionales de emergencia. Por ello, la falta de deliberación previa debe “compensarse”, por así decirlo, con un estricto control de razonabilidad y constitucionalidad posterior.

²⁶ Nino nos dice: “[...] puede haber situaciones extremas en las que el ejercicio de estas garantías de derechos puede poner en peligro mayor a otros derechos. Sin embargo, es problemático prefiar tales circunstancias; las garantías en cuestión tienen fundamentalmente un valor epistémico: el de permitir determinar, con un grado aceptable de confiabilidad, que se dan los factores que [...] justifican la limitación de derechos. Cuando tales garantías no se cumplen es como si diéramos un salto al vacío epistémico y debiéramos confiar en procedimientos que son *a priori* mucho menos confiables para verificar los hechos que justifican la limitación de derechos”. *Ibidem*, p. 487.

¿Cuáles son, entonces, las garantías que pueden suspenderse en emergencia? La respuesta, aunque aquí también resultaría necesario realizar un análisis minucioso de cada una de ellas –lo que excede la extensión y pretensión del presente trabajo–, está dada por aquellos procesos y mecanismos que se activan previamente a la restricción del derecho. Por ejemplo, si estamos en Estado de Sitio, arrestar personas, abrir correspondencia, allanar un domicilio; son acciones que no requerirán orden escrita de juez, ni que exista un proceso penal iniciado –reglas que hacen a la garantía del debido proceso (Art. 18, CN)²⁷. Luego de ello, se podrá, a través de los procesos constitucionales –amparo, hábeas corpus, hábeas data, acción de inconstitucionalidad–, verificar si las medidas han sido constitucionales²⁸. En un estado de emergencia se podrán restringir derechos provisoriamente –el de circulación, el de reunión, el de protesta– sin que sesione el Congreso y sin un proceso judicial previo que considere legítimas las medidas urgentes²⁹. Luego de ello deberán activarse los controles institucionales y todas las garantías constitucionales –que, en emergencia, sin Estado de Sitio declarado, no se suspenden.

7. EL PODER JUDICIAL Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En todo este esquema de emergencia el Poder Judicial tiene por delante una tarea esencial que desempeñar³⁰. Un principio general del derecho constitucional liberal es que para restringir un derecho es necesario que participen los tres poderes estatales. De ese modo se logra que la decisión restrictiva sea el producto de una correcta deliberación. A su vez, que se genere un control a través de la vigencia plena del sistema de pesos y contrapesos. Ahora bien, en situaciones como las que estamos viviendo, en donde el Poder Ejecutivo es el que ha asumido la función legislativa, es el Poder Judicial la rama de gobierno que debe posibilitar el restablecimiento del equilibrio ejerciendo un control robusto³¹.

²⁷ Lo que proponemos, entonces, es que cuando el Art. 23 de la CN admite la suspensión de las garantías durante el Estado de Sitio, solo se refiere a algunas de las denominadas *a priori*.

²⁸ En este sentido, nuestro Art. 43 de la CN establece que el hábeas corpus no se suspende ni aun durante el Estado de Sitio.

²⁹ Ahora bien, y este punto es relevante, la doble distinción efectuada acá: derechos/garantías y *garantías a priori/garantías a posteriori* sirve al momento del análisis del Estado de Sitio (Art. 23, CN), que es el único instituto que permite suspensión de garantías (solo las *a-priori*). Nada de ello es aplicable al estado de emergencia manejado por Decretos de Necesidad y Urgencia, en donde no hay posibilidad de suspender garantías (ninguno de los dos tipos). Allí podrán restringirse severamente derechos –a circular, por ejemplo–, mas nunca garantías, y por ello es necesario reactivar los mecanismos institucionales ausentes en este momento y en nuestro país.

³⁰ Recomendamos el completo análisis realizado por: Ylarri, Juan Santiago, “Coronavirus y control judicial”, en *Rubinzal Culzoni*, 1611/2020, disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2087555/>.

³¹ Claro está que el Poder Legislativo también debería estar ejerciendo su rol de control, especialmente respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados y según el procedimiento fijado por el Art. 99, inc. 3º y la Ley N° 26.122. Por ello es urgente que el Congreso retome sus funciones.

La decisión urgente, como vimos, supone que los mecanismos previos y concomitantes se desplazan, y que, en consecuencia, el control judicial aparezca como el reducto para la defensa posterior de los derechos de los ciudadanos frente a posibles disposiciones arbitrarias, desproporcionadas o irrazonables. Además, el control judicial es la salvaguarda que tiene cada individuo particular, puesto que puede ser que la medida en general sea adecuada, pero que lesione desproporcionadamente –por no haber podido contemplar todos los casos, por la velocidad con la que se dictó– algunas situaciones –personas con autismo que necesitan salir una vez al día, grupos vulnerables que viven hacinados y sin servicios básicos, etc.

Un buen ejemplo del rol judicial adecuadamente ejercido durante la emergencia está dado por la declaración de inconstitucionalidad de los Artículos 2º y 3º de la disposición del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Resolución Conjunta N° 16/MJGGGC/20. Allí el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires controló la constitucionalidad de disposiciones decretadas por el ejecutivo que afectaban a un grupo determinado de la población. La resolución impugnada disponía que los adultos mayores de 70 años debían solicitar, telefónicamente, un permiso para circular. El magistrado interviniente entendió que las medidas dispuestas, que se analizan con los criterios de escrutinio estricto por aplicación de la doctrina de las “categorías sospechosas”, generaban discriminación en razón de la edad, violentando, en consecuencia, el derecho de igualdad³².

Hay acá, entonces, un control de constitucionalidad ejercido a través de una garantía procesal (amparo) posterior al dictado de la medida, aunque anterior a que afecte al grupo vulnerado. El fallo utiliza un escrutinio o *test* estricto de constitucionalidad, robusteciendo el control en contextos de emergencias. A su vez, se examinan disposiciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que resulta valorable en un contexto federal y en donde las medidas inconstitucionales pueden provenir de los gobiernos de cualquier esfera: nacional provincia o, incluso, municipio. Es por ello que cuando hablamos sobre el rol robusto del Poder Judicial, dado el contexto del federalismo argentino, nos referimos tanto al federal como al de cada una de las provincias.

Por otro lado, y esto también es importante en cuanto al rol del Poder Judicial, la resolución declara la inconstitucionalidad de una medida que afectaba a un amplio núcleo de la población –a todos los habitantes de la CABA mayores a 70 años. Esto nos habla de otro aspecto de las normas de emergencia y su eventual control. Como ellas restringen con caracteres de gran generalidad ciertos derechos, afectan a grandes grupos de la población –comerciantes, empresarios, trabajadores independientes, etc. Teniendo acá en cuenta la incorporación en nuestro ordenamiento de los llamados “intereses difusos”, ello supone que el acceso a la jurisdicción debe ser amplia y, en muchos casos, colectiva.

³² “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo”. Expte. 3045/2020, Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14.

Esta colectivización de las posibles lesiones de los derechos por parte de normativa de emergencia también nos habla del rol preponderante que debe cumplir el Poder Judicial como garante último de los derechos de los ciudadanos.

Otra cuestión relevante que no puede dejar, al menos, de mencionarse en este apartado, es que corresponde al Poder Judicial no solo realizar un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad³³. El sistema interamericano ha regulado los estados de emergencia y, a su vez, sus principales órganos han emitido recientes declaraciones para la adopción y revisión de medidas que se dicten en estos escenarios con criterios de derechos humanos³⁴. Este “lenguaje” de derechos –que desplaza a la política– les da mayores competencias y obligaciones a los jueces en su función de control, máxime teniendo en cuenta la situación privilegiada que los instrumentos de derechos humanos tienen en el ordenamiento interno argentino (Art. 75, inc. 22, CN).

Y a este respecto, debemos también mencionar que en tiempos de “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos, propio del llamado Estado Constitucional de Derecho –Ferrajoli–, las potestades judiciales se ensanchan notablemente. “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida [...], capaz de condicionar tanto a la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”³⁵. Siendo así, y siendo los jueces los que ejercen el control de constitucionalidad, sus competencias se extienden fuertemente en las democracias contemporáneas.

Traducido al tema de las emergencias, quiere decir que los jueces, en un mundo constitucionalizado y convencionalizado, tienen por delante una inmensa tarea como garantes del ordenamiento jurídico. Esta posición destacada del órgano jurisdiccional no está exenta de críticas³⁶, pero creemos que, debido a la distinción entre derechos y garantías y a la subdivisión entre garantías *a priori* y *a posteriori* que hemos efectuado, encuentra una nueva justificación en los momentos de emergencia.

³³ Vid. Doctrina del “Control de Convencionalidad” delineado por la Corte IDH en sentencias como “Almonacid con Arellano vs. Chile”, 2006; “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, 2006; “Radilla Pacheco vs. México”, 2009; “Gelman vs. Uruguay”, 2011.

³⁴ Corte IDH, Declaración N° 1/20 del 9 de abril de 2020. La Corte indica allí, entre otras cosas: “Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas”. Comisión IDH, Resolución N° 66/2020, del 31 de marzo de 2020. La Comisión señala, a su turno: “[...] los Estados deben prevenir la ocurrencia de detenciones arbitrarias, en particular de personas que circulan por la vía pública para abastecerse de alimentos, medicamentos y otras necesidades básicas, además de *respetar el principio de legalidad y las garantías judiciales*” (el destacado nos pertenece).

³⁵ Guastini, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 49-73, p. 49 (citando a Louis Favoreu).

³⁶ Puede repasarse la clásica crítica sobre la falta de legitimidad democrática de los jueces, llamada la dificultad contramayoritaria. Otro interesante reparo, para momentos de emergencias económicas, fue la postulada por

8. REFLEXIONES FINALES

En síntesis, hemos sostenido que en momentos constitucionales de emergencia debemos aferrarnos al sistema institucional. Como marcaba Elster, en momentos de crisis –tal como Ulises– es en donde podemos cometer los peores errores y, por ello mismo, el sistema institucional con sus mecanismos nos previene de los mismos. El Derecho Constitucional de Emergencia permite la concentración del poder con una finalidad bien delimitada: proteger el orden constitucional, y una serie de pautas que deben ser cumplidas. Como las decisiones deben ser urgentemente tomadas, se desplazan varios de los mecanismos deliberativos y de control previos y deben robustecerse, en consecuencia, los posteriores. En ese sentido, las garantías *a-priori* son las que pueden ser flexibilizadas –siempre que se declare el Estado de Sitio–, pero nunca las *a-posteriori*. Para ello, es necesaria la existencia de un poder judicial robusto, puesto como ha reafirmado la CSJN en su más reciente pronunciamiento: “Más adelante en nuestra historia, en uno de los múltiples contextos de excepción que conmocionaron a la Nación, este Tribunal afirmó que ni siquiera estados de grave conmoción social, incluso aquellos que llevaron a la declaración del Estado de Sitio, pueden resultar en que se ‘excluya la intervención de los jueces, tuitiva de los derechos individuales’ (caso ‘Sofía’, *Fallos*: 243:504)”³⁷.

Rosenkrantz, quien delineó una objeción “técnica”, esta es, la que marca que los jueces carecen de preparación técnica para resolver los complejos problemas que se generan en las emergencias y que tienen impacto colectivo. Rosenkrantz, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, en Bullard, Alfredo *et al.*, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. SELA 2002, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, pp. 245-246. Citado por Etchichurry y Mateo, art. cit.

³⁷ Considerando 4º: “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, CSJN, 353/2020/CS1.

EMERGENCIAS Y CONTROL JUDICIAL

ROBERTO G. LOUTAYF RANEA*

La *Ley nacional N° 27.541* (BO del 23-12-2019) se titula: “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”. Su Artículo 1° declara la emergencia pública en distintas materias y fija el plazo de duración. Textualmente dispone: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el Artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020”. El Artículo 2° establece las “bases de la delegación”. Ya en el año 2020, y con motivo de la pandemia del COVID-19, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el *Decreto N° 260/2020* (BO 12-3-2020), cuyo Artículo 1° establece: “Emergencia sanitaria: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”. Con posterioridad, se dictaron otros decretos y resoluciones complementarias.

El de las “emergencias” es un tema delicado por lo que ellas implican y las medidas que se aplican para tratar de enfrentarlas. Se tratará, entonces, de abordar el tema recurriendo principalmente a los fallos de la Corte Suprema y a las opiniones de algunos de sus miembros y de doctrinarios que han analizado el asunto a la luz de la normativa constitucional, y con referencia a sucesos pasados. Pero no es posible dejar de señalar que la situación de

* Abogado por la UNT. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor extraordinario de Derecho Procesal Civil de Ucasal. Ex Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta y ex Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

emergencia actual con motivo de la pandemia por el coronavirus es, sin duda, muy particular, grave, sin precedentes, con alcance mundial, y con muchas incertidumbres y miedos; está en juego la vida de las personas, también aspectos económicos, como consecuencia de las medidas dispuestas, todo lo cual abre nuevos horizontes para meditar sobre el tema.

1. LOS PODERES DE EMERGENCIA

Como principio, tal como se ha señalado, el Congreso está facultado por el Artículo 67, inc. 28, de la Constitución Nacional (Art. 75, inc. 32, luego de la reforma de 1994) para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, el Congreso cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de “emergencia” y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado¹.

La Corte de Justicia de la Nación tiene dicho que, si bien ha aceptado un criterio amplio respecto del poder de policía del Estado cuando median circunstancias excepcionales y transitorias que configuran la emergencia, ello no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda². La emergencia no crea poderes inexistentes³. La emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego⁴. Los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (Art. 28 de la Ley Fundamental), y tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron⁵.

¹ CSJN, voto de los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, 27-12-1990, “Videla Cuello, Marcelo, suc. de c/ La Rioja, Prov. de”, *Fallos*: 313:1638.

² CSJN, 10-5-1968, “Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena y otros c/ Destefanis, Antonio”, *Fallos*: 270:374, con cita del precedente de *Fallos*: 238:76. En ese fallo dijo la Corte: “La *emergencia*, que puede provenir de acontecimientos de carácter físico, o de índole económica, o de un suceso político, como es la revolución, no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la *emergencia*. Ello es de la esencia de todo gobierno, obligado constantemente a afrontar situaciones cambiantes y diversas, que requieren con frecuencia disposiciones urgentes y de distinta magnitud. A tal finalidad responden los poderes implícitos acordados al Congreso por el Art. 67, inc. 28, de la Constitución Nacional” (CSJN, 21-6-1957, “Perón, Juan Domingo”, *Fallos*: 238:76).

³ CSJN, 20-3-2007, “EMM S.R.L. c/ Tía S.A. s/ ordinario s/ inciente de medidas cautelares”, 68/2004-E-40-REX, *Fallos*: 330:971.

⁴ CSJN, 27-12-1990, “Videla Cuello, Marcelo, suc. de c/ La Rioja, Prov. de”, *Fallos*: 313:1638.

⁵ CSJN, 5-4-2005, “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN – Ley N° 25.561 – Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561”, G. 2181. XXXIX, *Fallos*: 328:690; Íd., 26-10-2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c/ EN y otros s/ amparo”, B. 139. XXXIX, *Fallos*: 327:4495.

También ha dicho la Corte que el Estado puede reglamentar el ejercicio de las industrias y actividades de los particulares en cuanto lo requieran la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral, el bienestar general y aún el interés económico de la comunidad, en la medida que resulte de la necesidad de respetar su sustancia y de adecuar las restricciones que se impongan a los fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan como infundadas o arbitrarias, sino que sean razonables, es decir, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas; facultad que en los momentos excepcionales de perturbación social y económica o en otras situaciones semejantes de emergencia y urgencia en atender la solución de los problemas que crean, puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad, con tal de que se trate de medidas razonables, justas y de carácter transitorio como la emergencia cuyos efectos están destinados a atemperar⁶.

Pero también ha precisado la Corte Suprema los límites de los poderes de emergencia. En tal sentido, ha dicho que los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución Nacional, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad⁷: aun en situaciones de emergencias no se puede válidamente transponer el límite que señala el Artículo 28 de la Constitución Nacional⁸. Si bien es cierto que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia caen dentro de la discrecionalidad del Poder Administrador, no lo es menos que, por imperio de la Constitución, también dicho poder debe arreglar su proceder a criterios de razonabilidad que imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos, y frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder, es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional⁹.

Cuando los poderes de emergencia exceden su ejercicio válido, ello justifica su declaración de inconstitucionalidad¹⁰. También cuando la inconstitucionalidad es sobreviniente por haber desaparecido las circunstancias que motivaron la emergencia¹¹.

⁶ CSJN, 27-12-1944, “Vicente Martini e hijos S.R.L.”, *Fallos*: 200:450; Íd., 10-12-1991, “Vargas, José y otros c/ Junta Nacional de Granos s/ laboral”, V. 59. XXIII, *Fallos*: 314:1764.

⁷ CSJN, 25-8-1998, “Antinori, Osvaldo Rodolfo c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, A 613 XXXIII, *Fallos*: 321:2288

⁸ CSJN, 2-4-1985, “Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado”, *Fallos*: 307:326; Íd., 2-4-1985, “Soria, Silverio Florencio c/ Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*: 307:338.

⁹ CSJN, 5-3-2003, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 326:417.

¹⁰ CSJN, 22-8-2002, “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Contaduría General del Ejército - Ley N° 25.453 s/ amparo Ley N° 16.986”, T. 348. XXXVIII, *Fallos*: 325:2059; Íd., votos de los doctores Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi, 18-12-2002, “Postiglione, Roberto Severio c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparos y sumarisimos”, P. 1780. XXXVIII, *Fallos*: 325:3538.

¹¹ CSJN, 26-8-1925, “Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto”, *Fallos*: 144:219; Íd., 16-12-1993, “Vega, Humberto A. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Loma Verde”, *Fallos*: 316:3104.

También ha dicho que las leyes dictadas para enfrentar situaciones de emergencia pueden limitar razonablemente los derechos que la Constitución reconoce, mas sin traspasar el límite de su Artículo 28 de la Constitución Nacional¹². Los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la Ley Fundamental), y tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron. El gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios¹³.

Las condiciones mínimas de validez constitucional que deben reunir los institutos y medidas de emergencia son: a) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con control judicial sobre su existencia y subsistencia); b) un fin real de interés social y público; c) la transitoriedad de la regulación excepcional; d) la razonabilidad del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia¹⁴.

2. CONTROL JUDICIAL DE LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA

En el supuesto particular de las “emergencias”, se ha precisado que, si bien es exacto que, en general, no debe darse a las limitaciones o prohibiciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, ello resulta particularmente incuestionable cuando está en juego la policía de emergencia, habida cuenta de los hechos

¹² CSJN, 2-4-1985, “Soria, Silverio Florencio c/ Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*: 307:338; Íd., 2-4-1985, “Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado”, *Fallos*: 307:326; Íd., voto del doctor Carlos S. Fayt, 8-5-2007, “Della Ghelfa, Dario Ángel y otra c/ Poder Ejecutivo nacional y otros s/ amparo”, D. 883. XXXIX. REX, *Fallos*: 330:2074.

Cuando la sustancia de un derecho constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan, ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno del derecho patrimonial. (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano) (CSJN, 19-10-1995, “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”, D 346 XXIV, *Fallos*: 318:1894).

¹³ CSJN, 27-12-1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía - BCRA) s/ amparo”, P. 137. XXIII, *Fallos*: 313:1513; *ED*, 141-519, consid. 44, con cita de los precedentes de *Fallos*: 171:79 y 238:76; Íd., 5-4-2005, “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN – Ley N° 25.561 – Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561”, G. 2181. XXXIX, *Fallos*: 328:690; Íd., 26-10-2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c/ EN y otros s/ amparo”, B. 139. XXXIX, *Fallos*: 327:4495.

¹⁴ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 352. CSJN, voto de los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, 27-12-1990, “Videla Cuello, Marcelo, suc. de c/ La Rioja, Prov. de”, *Fallos*: 313:1638.

sociales que la ponen en movimiento y de los fundamentos jurídico-políticos que la sustentan. Pero este principio tiene vigencia sólo si aparecen satisfechas las condiciones de las que depende la validez de las leyes de emergencia; pues, cualquiera sea la gravedad de la situación originaria de éstas no deja de regir la norma del Artículo 28 de la Constitución Nacional, ni las garantías constitucionales se encuentran suspendidas. Por ello, el empleo de la policía de emergencia, lejos de liberar a los actos del Congreso del control jurisdiccional de constitucionalidad, exige que los magistrados lo practiquen con cuidadoso empeño¹⁵.

Como en la generalidad de los supuestos, en las “emergencias”, el control de constitucionalidad comprende el aspecto “formal” (si se ha respetado la competencia y procedimiento establecidos por la Ley Fundamental) y también “sustancial” (si su contenido material guarda el mínimo de razonabilidad para ser válido).

El control “formal” requiere analizar la competencia del órgano y los procedimientos si se han seguido los pasos marcados por la Constitución para el dictado de la ley que ha declarado la emergencia (Arts. 77 y cc. de la Constitución Nacional). Y en particular, si se han seguido los procedimientos constitucionales (Arts. 76, 99, inc. 3º y 100, inc. 13) cuando es el Poder Ejecutivo el que dicta los decretos delegados de emergencia pública y los de necesidad y urgencia, respectivamente¹⁶. Dice Gelli, con relación a la normativa de emergencia, que corresponde el control judicial acerca de si el sujeto que emite la norma y el procedimiento mediante el que la sanciona se ajusta o no a la excepcionalidad constitucional¹⁷. En ese sentido, la citada autora ha destacado que el control del debido proceso adjetivo en lo vinculado a la sanción de leyes generales alcanza a las normas dictadas por el Congreso, y también a las emitidas por el Poder Ejecutivo por razones de emergencia pública –*decretos delegados*– (Art. 76 de la Constitución Nacional), o por circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes –*decretos de necesidad y urgencia*– (Arts. 99, inc. 3º y 100, inc. 13), o fundados en criterios de conveniencia y bien común y hasta de control de constitucionalidad –*decretos de promulgación parcial de leyes*–, o para aplicar las normas generales emitidas por el Poder legislativo, es decir, decretos reglamentarios¹⁸.

¹⁵ CSJN, 15-5-1959, voto de los doctores Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, “Russo, Ángel c/ C. de Delle Donne, E.”, *Fallos*: 243:467.

¹⁶ CSJN, 19-5-2010, “Consumidores argentinos c/ EN-PEN-Decreto N° 558/2002-SS-Ley N° 2.0091 s/ amparo Ley N° 16.986”, C. 923. XLIII. REX, *Fallos*: 333:633.

¹⁷ Gelli, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad”, *LL Supl. Constitucional*, 2010 (agosto), 5-8-2010, 42, ap. 2.

¹⁸ Gelli, “El debido proceso adjetivo en el control de constitucionalidad y convencionalidad”, *JA*, 2011-III-1123, ap. IV: “Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)”, *LL*, 2009-F-946, ap. 4; “Control estricto en la delegación legislativa en el caso ‘Colegio Público de Abogados de la Capital Federal’”, *LL*, 2009-A-161. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 191 y nota 449.

Y con relación al aspecto “sustancial”, el ejercicio de los poderes del Estado frente a una “emergencia” en cualquiera de sus formas, tiene un límite: ese límite es la razonabilidad (Art. 28, CN), cuyo control debe ser ejercido por el Poder Judicial¹⁹.

Pero las situaciones de “emergencias” y su control judicial deben comprender dos momentos o dos aspectos: uno, la declaración en sí de la emergencia; y el otro, las medidas que se adoptan para afrontar la crisis.

Al respecto, con relación al control de las circunstancias de emergencia, ha dicho la Corte Suprema que si ella, en ejercicio de la facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente “Ercolano” (*Fallos*: 136:161) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad –esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad–, con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (Arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional)²⁰.

Y con relación a las medidas adoptadas en la emergencia, se ha dicho que la restricción al ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales²¹. Si bien es cierto que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia caen dentro de la discrecionalidad del Poder Administrador, no lo es menos que, por imperio de la Constitución, también dicho poder debe arreglar su proceder a criterios de razonabilidad que imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos, y frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder; es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional²².

¹⁹ CSJN, 15-5-1959, “Russo, Ángel c/ C. De Delle Donne, E.”, *Fallos*: 243:467; Íd., 22-6-1960, “Cine Callao”, *Fallos*: 247:121 y *LL*, 100-45. Íd., 2-12-2004, “Colina, René R. c/ Estado nacional”, *Fallos*: 327:5318, del dictamen del Procurador general que los doctores Petracchi y Belluscio hacen suyo, y *LL*Online, AR/JUR/6312/2004. Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 198-199.

²⁰ CSJN, 19-5-2010, “Consumidores argentinos c/ EN-PEN-Decreto N° 558/2002-SS-Ley N° 20.091 s/ amparo Ley N° 16.986”, C. 923. XLIII. REX, *Fallos*: 333:633.

²¹ CSJN, voto de los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, 27-12-1990, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Provincia de”, *Fallos*: 313:1638; Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 198-199.

²² CSJN, 5-3-2003, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 326:417.

Coincidentemente, Bidart Campos ha marcado ambos aspectos. Y tratando de conciliar la necesidad de contener y superar la situación de emergencia con la eficacia de los medios razonablemente elegidos a tal fin, y con la protección de las personas cuyos derechos y libertades padecen limitaciones más severas e intensa, Bidart Campos hace las siguientes reflexiones: a) con relación a la “declaración de emergencia”, propone, en primer lugar, que previamente a poner en vigor un instituto de emergencia, o a adoptar medidas de emergencia, el órgano de poder competente efectúe una “declaración formal” de que existe una situación de emergencia indicando cuál es; en segundo lugar, entiende que es necesario que esa declaración, así como la puesta en vigor de un instituto de emergencia, queden sometidos a “control judicial de constitucionalidad”; y agrega que conviene que el órgano de poder competente exprese –a efectos de que dicho control opere razonable y objetivamente– cuáles son los “motivos” que dan sustento al acto declarativo de la emergencia y a la puesta en vigor de un instituto de emergencia. Y b) con relación a las “medidas de emergencia”, considera que debe ser “judiciable” toda pretensión que una persona articule ante un tribunal cuando considera que una medida de emergencia le resulta violatoria del contenido esencial de uno o más derechos que alega titularizar; ello, a fin de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva²³.

3. VÍAS PROCESALES PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN NACIONAL. CLASES

En los supuestos de control a pedido de parte, el interesado puede utilizar las siguientes vías procesales para solicitarlo:

a) Vía “directa” o “principal”, o sea de “acción”, “demanda”, o más propiamente “pretensión” de inconstitucionalidad, que se promueve específicamente para solicitar la inconstitucionalidad de una norma o acto²⁴.

b) Vía “indirecta” (*incidental o de excepción*). En tal caso, el planteo de inconstitucionalidad se introduce dentro de un proceso iniciado con otro objeto que no es la declaración de inconstitucionalidad²⁵. Badeni dice que el control por vía incidental se

²³ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 351-352. Señala también que la real situación de emergencia admite control judicial sobre su existencia y subsistencia.

²⁴ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 356. Dice Sagüés que en el control por vía de acción el planteamiento de inconstitucionalidad es formulado como pretensión principal, por vía de demanda, y cuando se radica en sede judicial da lugar a la acción declarativa “pura” de inconstitucionalidad (Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 476).

²⁵ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 356. Dice Cappelletti que es el que se formula “en el curso y con ocasión de un *case or controversy*, o sea, de un concreto proceso común (civil o penal o de otra naturaleza) y sólo en cuanto la ley, cuya inconstitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión de aquel caso concreto” (Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 88, citado por Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 476).

ejerce cuando se concreta en el curso de un proceso judicial de carácter común donde su solución, en forma total o parcial, depende de la aplicación de la norma tachada de inconstitucionalidad²⁶. Quien hace el planteo debe tener un derecho subjetivo o un interés legítimo para pretender la declaración de inconstitucionalidad²⁷. En realidad, esta vía presenta un carácter genérico, porque pueden distinguirse diversos supuestos: *a*) que la cuestión constitucional sea planteada por el actor como fundamento de su pretensión principal²⁸ (supuesto en que en realidad existe una acumulación “sucesiva” de pretensiones: como principal, la declaración de inconstitucionalidad; y para el caso que se haga lugar a la misma, la pretensión de condena); *b*) que sea el demandado quien oponga la excepción de inconstitucionalidad como defensa para el rechazo de la pretensión del actor²⁹; *c*) que cualquier interesado haga el planteo incidental de inconstitucionalidad en un proceso en que no tuvo otra oportunidad para introducirlo.

En el orden federal no existe legislada una pretensión específica que tenga por objeto inmediato la declaración de inconstitucionalidad de una norma general³⁰. Por tal motivo, durante muchos años se negó la posibilidad de una vía procesal a tales fines, hasta que pretorianamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la fue perfilando a partir del fallo en la causa “Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional”³¹ y en sucesivos fallos.

La Corte tiene señalado que, más allá del *nomen iuris* empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, y ha admitido como medios idóneos para prevenir o impedir lesiones de derechos de base constitucional, las siguientes: a. la acción de *amparo*; b. la *acción declarativa de mera certeza*, y c. el *juicio sumario*³² (actualmente suprimido por Ley N° 25.488).

²⁶ Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 207.

²⁷ Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. III, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 296.

²⁸ Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 476. Un ejemplo sería el supuesto en que una persona demanda al fisco nacional por repetición de un impuesto que considera inconstitucional: para resolver si el crédito existe y si procede la repetición, debe decidirse si la ley que creó el impuesto es constitucional o no (Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 296).

²⁹ Ocurriría cuando a una persona se le reclama judicialmente el pago de una deuda y el demandado sostiene que la misma no existe, porque la norma en la que funda el actor su pretensión es inconstitucional (Ekmekdjian, Miguel A., *op. cit.*, p. 296).

³⁰ Rosales Cuello, Ramiro, “Acción declarativa de inconstitucionalidad a nivel federal”, en *Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales*, Silvia B. Palacio de Caeiro (Directora), Eduardo S. Caeiro Palacio (Coordinador), T. I, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 1365 y sigs., específicamente, p. 1369.

³¹ CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *JA* 1986-IV-651; *LL* 1986-C-116, con nota de Sagüés, Néstor P., “Competencia originaria de la Corte Suprema y transformación de oficio de la acción de amparo”; Bianchi, Alberto B., “De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad. (La conversión del caso federal en caso judicial)”, *ED Constitucional* 2001/2002- 577, ap. III.

³² CSJN, 6-10-1994, “Ravaglia c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 317:1224; Íd., 22-4-97, “Asociación de Grandes Usuarios c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 320-691; *LL* 1997-C-322; *JA* 1998-I-309; *ED* 177-238;

c) También admitió la Corte otra vía más, la *incidental* dentro de un proceso principal (que en el caso tramitó por separado en un expediente penal por no hallarse vinculado a la criminalidad de los hechos investigados) para impugnar la constitucionalidad de una norma que se pretendía aplicar³³.

Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema y siguiendo a Enderle, se pueden distinguir los siguientes carriles procesales que permiten el control de constitucionalidad: 1) vía de acción, pretensión o demanda; 2) excepción o defensa (cuando el demandado sostiene que la causa, fundamento o título, o la norma que le provee de andamiaje legal a la pretensión deducida, es reputada como transgresora de aquélla); 3) demanda incidental (cauce conexo con el principal, pero autónomo); 4) acción de hábeas corpus (la Ley N° 23.098, en su Art. 6°, posibilita la declaración oficiosa de inconstitucionalidad cuando la autoridad obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional); 5) amparo³⁴.

De las vías de control, por razones de extensión, se analizará la “acción declarativa de inconstitucionalidad”.

4. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1. Necesidad de existencia de un “caso”. Control de constitucionalidad de carácter “concreto”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los Artículos 94, 100 y 101 de la Constitución (Arts. 108, 116 y 117 luego de la Reforma de 1994) se define como el que se ejerce en las causas de carácter contencioso a las que

citado por Toricelli, Maximiliano, “Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares”, *JA* 2001-III-1294, ap. III y nota 17; Íd., 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; Íd., 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, *ED* 127-109, ap. V, y *JA* 1988-I-522.

Puede prescindirse válidamente del *nomen juris* utilizado por la Provincia para interponer su acción (había denominado “amparo”) y atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa que regula el Art. 322 del Código Procesal, cuya tramitación se efectuará según las reglas del proceso sumario (CSJN, 20-8-1985, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379).

³³ CSJN, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 de PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, *ED* 127-109, y *JA* 1988-I-522, con nota de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel, “El incidente como vía procesal útil para el control de constitucionalidad”.

³⁴ Enderle, Guillermo J., “Acción de inconstitucionalidad”, *LL*, 2002-B-911, ap. III.

se refiere el Artículo 2º de la Ley Nº 27³⁵. Y dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre *partes adversas*³⁶, que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante³⁷. Se configura una controversia entre partes si ellas sostienen derechos contrapuestos, esto es, una controversia “definida y concreta”³⁸.

³⁵ CSJN, 28-8-84, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355, consid. 2º; Íd., 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; Íd., 29-8-1986, “Klein”, consid. 12, *Fallos*: 308:1489; *ED* 120-455; *LL* 1987-A-496; y *JA*, 1986-IV-655; Íd., 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto Nº 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522; Íd. 20-4-1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; Íd., 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 2º, *Fallos*: 324:2381; *La Ley* Online, cita AR/JUR/4923/2001; Íd., 21-8-2003, “Baliarda S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 326:2931, y *LL* 2004-A-127; Íd., 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484.

La justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (Art. 2º, Ley Nº 27), ya que su ausencia tornaría inoficiosa la consideración de las pretensiones formuladas. El ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la concurrencia de la afectación de un interés jurídicamente protegido o tutelado y susceptible de tratamiento judicial. Como lo ha sostenido la Corte Suprema, no existe causa en los términos de los Arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, cuando lo que se procura es la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas y actos de los otros poderes (CNCAF, Sala III, 24-10-2008, *ED* Administrativo 2009-75).

³⁶ CSJN, 10-2-1930, “Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318; Íd., 28-8-1984, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355, consid. 2º; Íd., 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; Íd., 29-8-1986, “Klein”, consid. 12, *Fallos*: 308:1489; *ED* 120-455; *LL* 1987-A-496; y *JA* 1986-IV-655; Íd., 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto Nº 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522; Íd., 20-4-1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; Íd., 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 2º, *Fallos*: 324:2381; *La Ley* Online, cita AR/JUR/4923/2001; Íd., 21-8-2003, “Baliarda S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 326:2931, y *LL* 2004-A-127; Íd. 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484; Íd., 10-12-2013, “Roquel, Héctor Alberto c/ Provincia de Santa Cruz (Estado nacional)”, *LL* 2014-F, fallo nº 117.530. Ver LoutayfRanea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 382 y sigs.

³⁷ CSJN, 10-2-1930, “Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318; Íd., 26-8-2003, “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP”, *Fallos*: 326:3007; Íd., 3-8-2010, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 333:1217; Íd., 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023; Íd., 10-12-2013, “Roquel, Héctor Alberto c/ Provincia de Santa Cruz (Estado nacional)”, *LL* 2014-F, fallo nº 117.530.

³⁸ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; Íd., 28-8-1984, “Baeza, Aníbal Roque”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355.

Los “casos contenciosos” previsto en el Artículo 2º de la Ley N° 27 son “los únicos en los que los tribunales federales, de todas las instancias, pueden ejercer su jurisdicción”; y no puede ser asimilado a ellos el supuesto en que el examen de las diversas argumentaciones que sostienen la pretensión planteada por la actora permite concluir que no se verifica la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta³⁹.

En los supuestos de acciones declarativas de inconstitucionalidad, el criterio de la Corte no ha sido uniforme en la consideración de lo que constituye un “caso”, dado que en algunas ocasiones ha seguido una posición restrictiva, exigiendo un acto del poder administrador para justificar la intervención judicial; en cambio, en otros supuestos ha adoptado una posición más flexible, considerando que la sola sanción de la ley impugnada permitía la actuación judicial⁴⁰.

Como principio, la Corte Suprema ha considerado que no se está en presencia de un “caso” o “causa” cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes⁴¹; y en este sentido rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad cuando “el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes”⁴².

Pero conforme se ha señalado, si bien la sola sanción y promulgación de una ley no es, en principio, suficiente para tener por configurado un caso judicial⁴³, sin embargo, han existido muchos supuestos donde los tribunales han controlado la constitucionalidad de una ley antes de que estuviere en curso su aplicación concreta⁴⁴. Señala Sagüés que si una ley o norma general es directamente operativa, en el sentido de que no precisa de ninguna norma reglamentaria para su aplicación, y produce ya, con su sola promulgación, efectos jurídicos concretos (v. gr., si restringe o produce la pérdida de una facultad o derecho constitucional), la norma en cuestión causa un daño e importa “acto lesivo” a los fines de una acción de amparo, o cuando sin ser autoaplicativa, el órgano de reglamentación

³⁹ CSJN, 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L.”, *Fallos*: 311-421, consid. 3º.

⁴⁰ Vallefin, Carlos A., “La acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito federal: notas sobre su carácter preventivo y el daño en ciernes”, *JA* 2011-III, ap. III.

⁴¹ CSJN, 21-8-2003, “Baliarda S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 326:2931, y *LL* 2004-A-127.

⁴² CSJN, 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023, con cita del fallo de fecha 7-5-1998, “Consumidores Libres Cooperativa de Provisión de Servicios de acción comunitaria”, *Fallos*: 321:1352.

⁴³ CSJN, 15-6-2010, “Día Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 333:1088. Cfr. Laplacette, Carlos José, “Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial”, *LL* 2015-A-991, ap. IV y V.

⁴⁴ Laplacette, Carlos José, “Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial”, *LL* 2015-A-991, ap. IV, V y VI, con cita de Redlich, Norman; Schwartz, Bernard; Attanasio, John, *Understanding Constitutional Law*, EE. UU., Matthew Bender/Irwin, 1995, p. 24. Concluye Laplacette que la protección judicial debe ser asegurada a las personas frente a la sola sanción de la norma, cuando ella produce efectos concretos para las partes, por ejemplo, al imponerles un dilema de conducta o privarla de un derecho del cual gozaban hasta ese momento.

se encuentra en el deber de instrumentarla (p. ej., cuando la misma ley dispone que “el Poder Ejecutivo tendrá que dictar las reglas de ejecución de esta ley”, o algún precepto similar)⁴⁵; igualmente resulta admisible el control constitucional cuando una norma exige hacer o dejar de hacer algo, sujetando a sus destinatarios a específicas consecuencias legales en caso de no cumplir con ella⁴⁶.

Del análisis de algunos fallos de la Corte, como “Fábrica Argentina de Calderas”⁴⁷, “Fayt”⁴⁸, “Aguas de Formosa”⁴⁹, “Provincia de Entre Ríos”⁵⁰, y particularmente del voto de la doctora Argibay en el caso “Día Argentina S.A.”⁵¹, se puede advertir que hay supuestos en que, acertadamente, la Corte ha considerado suficiente para habilitar la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad de una ley, la posibilidad cierta de que su aplicación ocasionaría perjuicios al actor, sin que sea necesario un acto concreto en tal sentido. Es la interpretación correcta y que se adecua al *carácter preventivo* que se le asigna a este tipo de acción. Es lógico suponer que toda ley va a ser cumplida por quienes tengan la responsabilidad o el derecho de hacerlo; por tal motivo no es necesario que se realice un acto de aplicación para recién considerar conformado el choque de intereses contrapuestos entre el Estado que la dictó y la persona a quien alcanzan sus prescripciones⁵².

De lo expuesto, cabe concluir, como principio, que el sistema de control constitucional argentino en el orden federal *no es de carácter abstracto sino “concreto”*⁵³, el que, según la Corte Suprema supone que el tribunal de la causa asuma jurisdicción para dar certeza a una situación jurídica controvertida, y su pronunciamiento tiene por efecto inmediato reconocer el derecho de una de las partes en litigio frente a otra. No se puede pretender una decisión que invalide un acto sobre la base de agravios conjeturales y sin que las objeciones formuladas demuestren la existencia de una situación real y definida que haga perceptible el interés concreto y actual de los reclamantes⁵⁴.

⁴⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 90.

⁴⁶ Laplacette, Carlos José, “Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial”, *LL* 2015-A-991, ap. IV y V, con cita de Redlich, Norman; Schwartz, Bernard; Attanasio, John, “Understanding Constitucional Law”, cit, p. 24.

⁴⁷ CSJN, 19-12-1986, “Fábrica Argentina de Calderas c/ Pcia. de Santa Fe”, *Fallos*: 308:2569, y *LL* 1987-A-616.

⁴⁸ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos S. c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117.

⁴⁹ CSJN, 21-12-2000, “Aguas de Formosa S.A. c/ Provincia de Formosa”, *Fallos*: 323:4122, y *LL* 2001-C-250. Cfr. Vallefin, Carlos A., “La acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito federal: notas sobre su carácter preventivo y el daño en ciernes”, *JA* 2003-III.

⁵⁰ CSJN, 10-6-2008, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1412, y *LL* 2008-E-75.

⁵¹ CSJN, 15-6-2010, “Día Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 329:2105; *LL* 2011-A; *JA* 2010-IV-595.

⁵² Cfr. Gil Domínguez, Andrés, “El sujeto pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad”, *LL* 2011-A. Comentando el fallo “DÍA Argentina c/ Provincia de Buenos Aires”.

⁵³ Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 123.

⁵⁴ CSJN, dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación que la Corte comparte y hace suyo, 9-10-2007, “Brito, Ignacio A. y otro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 330:4345, ap. III *in fine*, con cita de los siguientes precedentes: *Fallos*: 294:315; 300:241; 301:991; 303:993.

No obstante lo expuesto, son numerosos los casos en que la Corte Suprema se ha apartado del criterio general, y se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión, no obstante haber devenido ésta abstracta y exceder el pronunciamiento el marco de la contienda; ello ha ocurrido frente a determinadas circunstancias indicadas por la Corte: a) la norma o acto impugnado es susceptible de reiterarse⁵⁵; b) la duración de la situación es efímera, y por tanto susceptible de sustraerse al control judicial⁵⁶; y c) el asunto reviste trascendencia que hace necesario que se diga el derecho⁵⁷.

4.2. Admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad como un “caso”

La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación era que en el orden nacional no existe acción declarativa de inconstitucionalidad⁵⁸; que quedaba excluido el control judicial directo de constitucionalidad, respecto de las leyes y otros actos de las autoridades, como procedimiento destinado a la mera invalidación de la norma o acto impugnado⁵⁹. El contenido de una causa que versa sobre tal cuestión no puede ser la sola declaración de la ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes; se requiere, además, que se dicte sentencia *de condena* que reconozca un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas⁶⁰. Es decir, la Corte vinculaba el concepto de “caso” o “controversia”, necesario para habilitar la intervención del Poder Judicial de acuerdo al Artículo 2º de la Ley Nº 27 a la existencia de un reclamo de sentencia de condena⁶¹.

⁵⁵ Aun cuando se hubiere practicado el aborto solicitado, debe decidirse sobre el pedido de autorización, pues es necesario expresar el criterio para la solución de casos que puedan presentarse en el futuro (CSJN, 13-3-2012, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197; *JA* 2012-II-269).

⁵⁶ La circunstancia de que los agravios de quien se negara a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a sus creencias religiosas carezca de actualidad por no subsistir el cuadro clínico no empece a la procedencia del recurso extraordinario ya que, dada la rapidez con que se produce el desenlace de estas situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que ellas conllevan sin haberse vuelto abstractas (CSJN, votos de los doctores Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi, 6-4-1993, *Fallos*: 316:479).

⁵⁷ Si la demanda fue deducida en representación de la Municipalidad de San Luis y encaminada a la protección del buen funcionamiento de las instituciones republicanas –autonomía municipal–, ello resulta decisivo para la subsistencia del interés en la causa pese al fenecimiento del mandato para el cual el demandante había sido electo, ya que no se trata sólo de bienes jurídicos individuales, sino de la tutela del adecuado funcionamiento de las instituciones –del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte– (CSJN, 24-2-2005, “Ponce, Carlos Alberto c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 328:175).

⁵⁸ CSJN, 26-6-1963, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 256-104, *ED* 5-931 y *JA* 1963-V-199; Íd., 23-8-1963, “Ruiz, Antonio c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 256:386; *ED* 8-784.

⁵⁹ CSJN, 26-6-1963, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 256-104; *ED* 5-931; *JA* 1963-V-199.

⁶⁰ CSJN, 23-8-1963, “Ruiz, Antonio c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 256:386; *ED* 8-784.

⁶¹ Salgado, José María, “Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad”, *LL* 2011-C-1007, 4, b.

Pero a partir del fallo “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”⁶², la Corte Suprema ha sostenido que la acción meramente declarativa constituye un “caso” dentro del concepto del Artículo 100 de la Constitución Nacional (Art. 116 luego de la reforma de 1994), y medio idóneo para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma⁶³; y transformó una acción de amparo iniciada por la Provincia de Santiago del Estero en una acción declarativa de certeza (Art. 322, CPCCN). Es decir, la Corte Suprema ha aceptado, incluso en jurisdicción originaria y exclusiva⁶⁴, que con la acción meramente declarativa de certeza es posible obtener una sentencia que declare la inconstitucionalidad de normas generales; y al ser ello posible a través de una sentencia *declarativa*, y no necesariamente *de condena*, se ve modificada de tal modo la jurisprudencia anterior a 1985 del Alto Tribunal⁶⁵.

⁶² CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *JA* 1986-IV-651; *LL* 1986-C-116, con nota de Sagüés, Néstor P., “Competencia originaria de la Corte Suprema y transformación de oficio de la acción de amparo”; Bianchi, Alberto B., “De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (La conversión del caso federal en caso judicial)”, *ED Constitucional* 2001/2002-577, ap. III; Cassagne, Juan Carlos, “La acción declarativa de inconstitucionalidad”, *LL* 2015-D, revista del 6-7-2015, ap. V.

⁶³ Rosales Cuello, Ramiro, “Acción declarativa de inconstitucionalidad a nivel federal”, en *Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales*, Silvia B. Palacio de Caeiro (Directora), Eduardo S. Caeiro Palacio (Coordinador), T. I, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 1365 y sigs., específicamente, pp. 1371-1372. En “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional” (12-12-1985, *Fallos*: 307:2384; *LL* On line cita AR/JUR/2202/1985 y *JA* 1986-IV-651), la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que en el caso “Baeza, Aníbal Roque c/ Estado Nacional”, de fecha 28-8-1984 (*Fallos*: 306:1125; *ED* 110-355 y *LL* 1984-D-1081), el Tribunal recordó lo afirmado en *Fallos*: 242:353 (*JA* 1959-I-558), en el sentido de que “el fin y las consecuencias del ‘control’ encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que este requisito de la existencia de un ‘caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana” (consid. 3º). Y en el considerando 5º agrega que la organización del control constitucional sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera “causa” o “caso” en justicia, fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al Poder Judicial Federal, como se lo ha puesto de manifiesto en el recordado precedente *in re* “Baeza, Aníbal Roque c/ Gobierno Nacional” (consid. 3º). La admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema adoptado en los inicios de la vida institucional argentina adquiere su desarrollo lógico, no puede importar el olvido de la exigencia mencionada que dentro de un ordenamiento en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental (CSJN, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294 y *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; Íd. 19-11-1987, “Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 del PEN”; *ED* 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”).

⁶⁴ CSJN, 3-2-1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 310:142; *ED* 123-421, con comentario de Morello, Augusto M., “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional”; Íd., 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ*, 2004-3-484 y 925; Íd. 21-9-2004, “Zavalía c/ Pcia. de Santiago del Estero”, *Fallos*: 327:3852; *LL* 2004-F-512, *Fallos*: 108:197.

⁶⁵ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 360-361. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 419 y sigs.

Con posterioridad al citado fallo, en el caso “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁶, la Corte sistematizó los requisitos para la procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad⁶⁷. Señaló la Corte lo siguiente: 1) En el orden nacional es admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad y puede ser instaurada directamente ante ella cuando se den los requisitos que determinen su intervención en la instancia originaria. 2) La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el Artículo 322 del Código Procesal nacional. 3) Para la procedencia de las acciones meramente declarativas se requiere: a) que concorra “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica” concreta, es decir, que al dictarse el fallo se hayan producido todos los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración; b) que el accionante tenga interés jurídico suficiente, en el sentido de que la falta de certeza le pueda producir un perjuicio o lesión actual, que no depende de la actualidad o eventualidad de la relación jurídica; y c) que haya un interés específico en el uso de esta vía, lo que sólo ocurrirá cuando aquél no disponga de otro medio legal para darle fin inmediatamente.

Luego de analizar otros fallos de nuestro más Alto Tribunal de la Nación, como “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Gobierno Nacional”⁶⁸, “Iribarren c/ Provincia de Santa Fe”⁶⁹, y “Fayt c/ Estado Nacional”⁷⁰, y otros más, Bianchi dice como síntesis que a partir de la admisión de la acción declarativa, donde lo único que se discute—en un juicio de estrecho marco cognoscitivo—es la validez constitucional de una ley o de otra norma, parecería que el caso constitucional o caso federal contemplado en los incisos a) y b) del Artículo 14 de

⁶⁶ CSJN, 3-2-1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 310:142; *ED* 123-421, con comentario de Morello, Augusto M., “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional”.

Debe encauzarse como acción declarativa de certeza—Art. 322, CP— la demanda promovida contra el Estado Nacional y la Provincia de Santiago del Estero, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley local N° 6.667, en cuanto declaró la necesidad de reformar la Constitución Provincial, dictada por el Interventor Federal en dicha Provincia, pues al debatirse un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del Gobierno federal y un Estado local, dicha vía es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés del actor, apareciendo el régimen de la acción de amparo poco compatible con dicha cuestión (CSJN, 21-9-2004, “Zavalía c/ Provincia de Santiago del Estero”, *LL* 2004-F-512, *Fallos*: 108:197).

⁶⁷ Verdaguer, Alejandro C., “Acción meramente declarativa. (Su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *LL* 1991-A-794, ap. II; Rosales Cuello, Ramiro, “Acción declarativa de inconstitucionalidad a nivel federal”, en *Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales*, Silvia B. Palacio de Caeiro (Directora), Eduardo S. Caeiro Palacio (Coordinador), T. I, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 1365 y sigs., específicamente, p. 1372; Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 424 y sigs.

⁶⁸ CSJN, 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:421.

⁶⁹ CSJN, 1999, “Iribarren c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:1251.

⁷⁰ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117.

la Ley N° 48 ha pasado a tener por sí rango de caso judicial, y puede ser llevado ante un tribunal como pretensión independiente y aislada de todo otro contexto, en la medida en que una persona alcanzada por las disposiciones de la ley cuestionada acredite la existencia de un daño futuro y cierto⁷¹.

Pero como ya se ha señalado, con relación a este tipo de acción, y siguiendo el criterio tradicional sobre la necesidad de la existencia de un “caso” o “causa” o “caso contencioso” para que intervenga la justicia nacional (Art. 2º, Ley N° 27)⁷², la Corte Suprema ha precisado que en nuestro sistema constitucional federal, no caben los pronunciamientos judiciales que declaren inconstitucionalidades con carácter general, sino que sólo ello es posible en las causas en que se persiga en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas, es decir, si se configura una controversia “actual”⁷³, “definida y concreta”⁷⁴. Por lo tanto, no corresponde una declaración de inconstitucionalidad con carácter general o abstracto si en el caso no hay ningún derecho debatido para resolver una situación de conflicto entre las partes, por ser tal un elemento básico de la acción de mera certeza en materia constitucional⁷⁵. También ha dicho la Corte Suprema que siempre que la cuestión debatida no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión a régimen constitucional federal, la acción declarativa del Artículo 322 del CPCCN constituye un recaudo apto para evitar los eventuales perjuicios que se denuncian⁷⁶.

⁷¹ Bianchi, Alberto B., “Algunos aspectos del control de constitucionalidad (a 20 años de la reforma constitucional)”, *LL Suplemento constitucional*, octubre 2014, p. 25, ap. II; *LL* 2014-E.

⁷² CSJN, 11-7-2007, “Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de”, *Fallos*: 330:3109; *ED* 225-291, fallo n° 55.012. Ver también: CSJN, 4-3-2008, “Provincia de Río Negro c/ AFIP (Dirección General de Aduanas)”, *Fallos*: 331:419; *LL* 2008-B-582, fallo 112-360, y *DJ* 2008-I-1077.

⁷³ CSJN, 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:421.

⁷⁴ CSJN, 1-12-58, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; Íd., 28-8-84, “Baeza, Aníbal Roque”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355.

La Corte consideró que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el Art. 322 del CPCCN, si ha mediado una actividad de la Dirección General de Rentas de la Provincia demandada (Entre Ríos), dirigida a la “percepción” de un impuesto que estima adeudado, actividad que sume a la actora en un “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, entendiéndose por tal a aquella que es “concreta” al momento de dictarse el fallo (CSJN, 13-6-2006, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. c/ Provincia de Entre Ríos”, *Fallos*: 329:2231; *ED* 219-66).

⁷⁵ CSJN, 29-8-1986, “Klein”, *Fallos*: 308:1489, *LL* 1987-A-496; *ED* 120-455; *JA* 1986-IV-655; *DJ* 1987-I-938. En este caso ha precisado la Corte que la incertidumbre que procura disiparse con el ejercicio de la acción de mera certeza en materia constitucional debe afectar a la relación entre las partes (Art. 322, CP).

⁷⁶ CSJN, 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:606; Íd., 21-5-1987, “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c/ Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*: 310:977; *ED* 128-199, fallo n° 40.770; Íd., 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Estado Nacional y

Por lo tanto, la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye una “causa” o “caso contencioso” en los términos del Artículo 116 de la Constitución Nacional y Artículo 2º de la Ley Nº 27, cuando la cuestión es planteada por parte interesada, y tiende a solucionar un conflicto o controversia definida y concreta entre partes. Y por tal motivo, el control de constitucionalidad que se realiza a través de este tipo de acción declarativa es también de carácter “concreto”; por lo tanto, ello implica reconocer que no existe en el orden federal de una acción “abstracta” de inconstitucionalidad en el sentido de que pueda ser deducida por cualquier persona que no ostente un interés concreto e inmediato contra el Estado que la creó para obtener declaraciones generales de inconstitucionalidad; porque, como lo ha destacado la Corte, no está “en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo”⁷⁷.

Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:241; *Íd.*, 22-6-1999, “Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:1253, consid. 2º; *Íd.*, del dictamen de la Procuradora Fiscal, que la minoría de la Corte hace suyo, 26-10-1999, “Empresa Distribuidora Sur S.A. c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 322:2624; *LL* 2000-C-559; *Íd.*, 1-11-1999, “Pelco S.A. c/ Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable –Poder Ejecutivo Nacional–”, *Fallos*: 322:2799; *Íd.*, 4-3-2008, “Provincia de Río Negro c/ AFIP (Dirección General de Aduanas)”, *Fallos*: 331:410; *LL* 2008-B-582, *Fallos*: 112:360, y *DJ*, 2008-I-1077; *Íd.* 24-5-2005, “La Cabaña S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 328:1701; *DJ* 2005-2-1157, e *IMP*, 2005-17-2314; *Íd.* siguiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador Fiscal, 13-6-2006, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. c/ Provincia de Entre Ríos”, *Fallos*: 329:2231; *ED* 219-66; *Íd.*, 15-8-2006, “Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 329:3184; *Íd.*, 26-2-2008, “Expreso Lomas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 331:337; *Íd.*, 7-10-2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”, *Fallos*: 331:2178, y *LL* 2009-A-134; *Íd.*, 27-4-2010, “Línea 22 S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 333-538; *LL* 2010-D-28.

⁷⁷ CSN, 28-8-1984, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306:1125; *ED* 110-355; *Íd.*, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”.

Como destaca Petracchi, el sistema de control constitucional argentino no es de carácter abstracto sino concreto. Por otra parte es difuso, o sea, que es ejercido por todos los jueces de todos los fueros nacionales o locales y jurisdicciones, si bien la decisión última corresponde a la Corte Suprema Federal (cfr. Petracchi, Enrique S., “Control judicial en la Argentina”, *LL* 1987-E-709).

El criterio general de la Corte ha sido rechazar las acciones que se intenten contra el Estado por ser éste el autor de la norma y no su beneficiario directo (Toricelli, Maximiliano, “Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares”, *JA* 2001-III-1294, ap. IV). Salvo en el caso “Fábrica Argentina de Calderas” (CSJN, 19-12-1986, “Fábrica Argentina de Calderas”, *LL* 1987-A-615 y *JA* 1987-IV-720), que la Corte admitió que se demandara al Estado, en general ha negado que exista una acción directa en el orden federal; y específicamente lo ha señalado en el asunto “Search Organización de Seguridad S.A.” (CSJN, 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484), fallo posterior al anteriormente citado (cfr. Toricelli, Maximiliano, “Distintas variantes de acción de inconstitucionalidad en el orden federal”, *LL* 2005-A-1186, ap. I.c).

La acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del Artículo 322 del CPCCN resulta de aplicación, tanto en los supuestos en que sea planteada ante los juzgados inferiores (como ha ocurrido en el caso “Fayt”⁷⁸ o en caso “Colegio de Abogados de Tucumán”⁷⁹), como en los que corresponden a la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁰.

4.3. Clases de acciones declarativas de inconstitucionalidad

a. Acción declarativa “abstracta” de inconstitucionalidad

La acción declarativa “abstracta” de inconstitucionalidad es aquella que, para deducirla, no se requiere que el demandante sea un afectado diferenciado o directo de la norma impugnada, es decir, no se requiere que tenga un derecho subjetivo o interés legítimo; e incluso puede no tener afectación de ninguna clase. El legitimado pasivo es el Estado que creó la norma.

Pero conforme ya se señaló, la Corte Suprema ha descartado en el orden federal la existencia de una acción “abstracta” de inconstitucionalidad contra el emisor de la norma. En el orden federal no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición⁸¹. No hay “acción ‘pura’ de inconstitucionalidad”⁸² ni la denominada “acción popular”. Lo que admite la Corte Suprema son acciones declarativas “concretas” de inconstitucionalidad⁸³.

⁷⁸ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, Fallos: 322:1616; ED, 184-979; LL, 1999-F-117.

⁷⁹ CSJN, 14-4-2015, “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, *La Ley* Suplemento Constitucional, junio 2015, fallo n° 118.593.

⁸⁰ CSJN, 3-2-1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 310:142; ED 123-421, con comentario de Morello, Augusto M., “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional”; Íd., 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, Fallos: 310:606; Íd., 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad c/ Provincia de San Luis”, Fallos: 327:1813; DJ, 2004-3-484 y 925; Íd. 21-9-2004, “Zavalía c/ Pcia. de Santiago del Estero”, Fallos: 327:3852; LL 2004-F-512, fallo 108.197.

⁸¹ Sbdar, Claudia B., “Eficacia de las sentencias constitucionales”, LL 2011-A-816, ap. 4. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 433.

⁸² Morello, Augusto M., “Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”, JA 1986-IV-659, ap. III; Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, ED 127-109; *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 360 y 361; Trueba, Manuel R. (h) y Weiss, Carlos E., “El control de constitucionalidad judicial difuso y no político”, LL 2010-C-1267, ap. I. 2; Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal constitucional. Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 121.

⁸³ Petracchi, Enrique S., “Control judicial en la Argentina”, LL 1987-E-709.

b. Acción declarativa “concreta” de inconstitucionalidad

La acción declarativa “concreta” de inconstitucionalidad es aquella en que sólo se reconoce legitimación para deducirla a quien tenga, de manera diferenciable, un interés tutelable, que son las únicas que la Corte Suprema admite en el orden federal.

Las acciones declarativas “concretas” de inconstitucionalidad pueden ser: a) “acción declarativa concreta de inconstitucionalidad contra el beneficiario de la norma o acto cuestionado”; y b) “acción declarativa concreta de inconstitucionalidad contra el Estado emisor de la norma o acto” (acción “directa” de inconstitucionalidad).

c. Acción declarativa “concreta” de inconstitucionalidad contra el beneficiario de la norma o acto

En este tipo de acción, la parte afectada por la norma o acto cuestionados e interesada en su declaración de inconstitucionalidad, demanda al sujeto beneficiario de su aplicación, quien normalmente es un particular que recibe el beneficio, pero también puede ser el mismo Estado emisor de la norma, según sea su contenido. En este caso existe un vínculo sustancial directo entre los dos (o más) sujetos alcanzados por la norma o acto cuya constitucionalidad se cuestiona; uno de ellos resulta afectado en sus derechos (y es el que demanda), y el otro es el beneficiario (que es el demandado). Conforme ha dicho la Corte Suprema Federal debe tratarse de una controversia entre partes que sostengan derechos contrapuestos, esto es, una controversia “definida y concreta”⁸⁴.

El objeto de esta pretensión o reclamación es la declaración de inconstitucionalidad de la norma o acto impugnado (y consecuentemente su inaplicabilidad a las partes)⁸⁵. Pero ello es sin perjuicio de que, en el supuesto de que su aplicación se hubiere consumado, pueda también plantearse una pretensión de condena para restablecer una situación o para reparar los daños causados⁸⁶, en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad constituye el fundamento de este otro reclamo.

d. Acción declarativa “concreta” de inconstitucionalidad contra el Estado emisor de la norma o acto

En este caso, la parte actora, afectada por la norma o acto impugnado, y que por tal motivo tiene un interés real e inmediato en la inaplicabilidad a su respecto, demanda al Estado emisor de la norma (Nación o provincias).

⁸⁴ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, Fallos: 242:353; Íd., 28-8-84, “Baeza, Aníbal Roque”, Fallos: 306:1125, y ED 110-355. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, Control de constitucionalidad y de convencionalidad, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 441 y sigs.

⁸⁵ En una acción meramente declarativa, el interés de la parte actora se satisface con una “mera declaración de certeza” (CSJN, 26-9-1985, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos: 307:1804).

⁸⁶ CSJN, 19-12-1986, “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 308:2569, y LL 1987-A-616.

Ha señalado la Corte Suprema que el control de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido; pero también ha aclarado que ello es así en tanto no sea el Estado adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquéllas le acuerdan al mismo Estado (v. gr., derecho al cobro de un impuesto)⁸⁷. Y agrega la Corte que incluso, aunque se reputara conveniente la intervención del Estado legislador –decisión reservada al tribunal de la causa–, ello no lo constituye en el carácter de litigante adversario, a los fines de la existencia de la causa contenciosa requerida en estos juicios⁸⁸.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido también en el orden federal demandas de inconstitucionalidad contra el Estado emisor de la norma impugnada, ya se trate del Estado nacional o de las provincias, aun cuando no exista propiamente un derecho que esa norma otorgue al Estado, pero siempre que el accionante ostente un interés real e inmediato en el incumplimiento de la norma. Pueden citarse, en tal sentido, los fallos en las causas “Iribarren c/ Provincia de Santa Fe” (1999)⁸⁹, “Fayt c/ Estado Nacional” (1999)⁹⁰, “Hooft” (2004)⁹¹, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional” (2008)⁹², “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro” (2008)⁹³, “Arbumasa

⁸⁷ CSJN, 26-6-1963, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 256:104; *LL* 112-558; *ED* 5-931 y *JA* 1963-V-199; Íd. 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 de PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”; Íd., 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:421; Íd., 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:606, consid. 3°; Íd., 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, consid. 3°, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484.

⁸⁸ CSJN, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522, con cita del fallo de fecha 1-12-1965, “Compañía Azucarera Concepción S.A. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 263:397, consid. 5°.

⁸⁹ CSJN, 22-6-1999, “Iribarren, Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de”, *Fallos*: 322:1253.

En el posterior fallo recaído en la causa “Raimbault, Manuel c/ Provincia de Tierra del Fuego” (14-8-2001, *Fallos*: 324:2381), la Corte rechazó *in limine* la demanda por no darse en el supuesto una causa de carácter contencioso (negando legitimación activa a los actores que habían invocado las calidades de ciudadanos, legisladora provincial y diputados nacionales); pero aclaró que no obstaba a tal solución lo resuelto en el citado caso “Iribarren”, dado que en el mismo entró a conocer el fondo de la cuestión debatida porque el actor – Ministro de la Suprema Corte de Justicia provincial – solicitó la solución de un conflicto concreto en razón de considerar que la cláusula de la constitución provincial lesionaba un derecho del que él era titular.

⁹⁰ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117.

⁹¹ CSJN, 16-11-2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*: 327:5118; *ED* Constitucional, 2005, p. 109; *LL* 2005-D-559.

⁹² CSJN, 10-6-2008, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1412, y *LL* 2008-E-75.

⁹³ CSJN, 7-10-2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”, *Fallos*: 331:2178, y *LL* 2009-A-134.

S.A. c/ Provincia de Santa Cruz” (2012)⁹⁴, “Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” (año 2015)⁹⁵.

Es decir, estos fallos permiten advertir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que en los supuestos analizados existía un “caso” en los términos del Artículo 2º de la Ley Nº 27, lo que está determinado, principalmente, por la existencia de un interés real e inmediato de la parte actora en la cuestión; es decir, en la inaplicabilidad a su respecto de la norma impugnada dictada por el Estado demandado; tal circunstancia es lo que hace que en estos supuestos el control sea “concreto”, por más que no haya un beneficiario de la norma⁹⁶.

e. Acción declarativa “concreta” contra el Estado encargado de la aplicación de la norma

Un supuesto particular de acción “concreta” de inconstitucionalidad es aquella en que un particular interesado dirige su demanda, no contra Estado que emitió la norma, sino contra el Estado encargado de ponerla en ejecución. Es el caso fallado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el que declararon inconstitucionales los artículos del Código Civil que exigían que el matrimonio fuera entre varón y mujer⁹⁷: la demanda se interpuso contra la Ciudad Autónoma por cuanto había sido su registro la Repartición que había negado la petición realizada en virtud de lo dispuesto por el Código Civil.

4.4. Finalidad preventiva. No requiere la existencia de daño consumado

En varios precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la acción declarativa de inconstitucionalidad *tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado*⁹⁸; se busca, precisamente, evitar la consumación

⁹⁴ CSJN, 19-6-2012, “Arbumasa S.A. c/ Provincia de Santa Cruz”, *La Ley Online* cita AR/JUR/44927/2012, consid. 3º, con cita de los siguientes precedentes de la Corte: *Fallos*: 311:421; 318:30; 323:1206 y 327:1034.

⁹⁵ CSJN, 29-4-2015, “Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, *ED*, revista del 24-6-2015, tomo 263, fallo nº 58.750, consid. 2º. En este caso la Corte hizo lugar a la demanda y declaró la invalidez constitucional de la norma provincial impugnada.

⁹⁶ Rosales Cuello, Ramiro, “La acción directa de inconstitucionalidad ¿es factible a nivel federal?”, *LL* 2009-A-825. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, op. cit., pp. 445 y sigs.

⁹⁷ Juzg. 1ª Inst. Cont. Adm. A cargo de la doctora Gabriela Seijas, 10-11-2009, “Freyre Alejandro c/a Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

⁹⁸ CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *Íd.*, 22-4-1997, “Asociación de Grandes Usuarios c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 320:691; *ED* 177-238, y *JA* 1998-I-309; *Íd.*, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135; *Íd.*, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135; *Íd.*, 19-8-1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La acción declarativa de inconstitucionalidad”, *LL* 2015-D, revista del 6-7-2015, ap. VI; Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, op. cit., pp. 457 y sigs.

de un daño ante la existencia de un peligro concreto e inminente⁹⁹. Sobre el tema se puso de relieve que el obstáculo a la admisión de remedios como la acción meramente declarativa y la de amparo estribaba en la subsistencia de la arcaica concepción según la cual la misión del Poder Judicial se reduce a *reparar* las lesiones materialmente producidas en los derechos del actor; y, precisamente, la acción declarativa y el amparo presuponen una idea distinta de la función jurisdiccional, según la cual la esencia de ésta se encuentra en asegurar la certeza de las relaciones jurídicas y prevenir los actos ilegítimos en vez de afectar a los miembros del cuerpo social con graves responsabilidades, aguardando que se consumen las lesiones a los bienes protegidos por el derecho para luego sancionarlas¹⁰⁰.

4.5. Posibilidad de acumulación con una pretensión de condena

La afirmación contenida en el punto anterior en el sentido de que la acción declarativa de inconstitucionalidad *tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado*¹⁰¹, no significa negar que se pueda también plantear la acción de inconstitucionalidad frente a un hecho consumado para evitar que sigan produciéndose sus consecuencias (lo que, en definitiva, no es sino prevenir respecto a las consecuencias futuras)¹⁰².

Parece evidente que la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias se agota en una mera declaración de certeza (CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero vs. Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379).

⁹⁹ Benini, Giorgio Agustín, “La acción de inconstitucionalidad en el orden federal y en las provincias patagónicas”, *ED Constitucional*, revista del 16-2-2012, ap. IV.

¹⁰⁰ Dictamen del Procurador General de la Nación, Eduardo H. Marquardt, 17-12-1971, “Hidronor S.A. c/ Provincia de Neuquén”, *LL* 154-515; Dictamen del Procurador General de la Nación, doctor Enrique C. Petracchi, 22-12-1975, “Nicemboim, Israel c/ Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*: 294:239, ap. II.

¹⁰¹ CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *Íd.*, 22-4-1997, “Asociación de Grandes Usuarios c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 320:691; *ED* 177-238, y *JA* 1998-I-309; *Íd.*, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135; *Íd.*, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135; *Íd.*, 19-8-1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117.

Parece evidente que la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza (CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379).

¹⁰² Dice Gil Domínguez que la acción declarativa negativa de certeza es una presentación jurisdiccional de carácter preventivo, cuya finalidad es eliminar la inseguridad que supone la amenaza potencial de un daño, como así también (en el supuesto de consumación del daño) el cese de la actividad o el desarrollo de la misma según corresponda (Gil Domínguez, Andrés, “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”, *LL* 1996-A-1145, ap. II *in fine*).

Y lo expuesto es sin perjuicio de que, en caso que se hubiese consumado la aplicación de la norma impugnada, pueda acumularse a la pretensión de inconstitucionalidad otra de condena para restablecer una situación o para reparar los daños causados por la aplicación de la norma¹⁰³: en este caso, se produce una acumulación objetiva “sucesiva” de pretensiones¹⁰⁴ en cuanto la de condena está condicionada a que previamente el tribunal acoja la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, que viene a ser el fundamento y presupuesto de la de condena.

4.6. Legitimación activa

El tema tiene que ver con el carácter “concreto” del control de constitucionalidad en el ámbito federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor “constituye presupuesto necesario para que exista un ‘caso’ o ‘controversia’ que deba ser resuelto por el Tribunal”¹⁰⁵. En tal sentido ha rechazado de plano las acciones de inconstitucionalidad cuando “el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes”¹⁰⁶. De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el “generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno [...]”, “[...] deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”¹⁰⁷.

¹⁰³ Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, op. cit., pp. 458 y sigs. En el caso “Fábrica Argentina de Calderas”, la Corte destacó que en los términos en que ha quedado trabada la *litis*, se desprende que la parte actora ha ejercitado dos pretensiones netamente diferenciables, consistentes en: a) la declaración de inconstitucionalidad de la Ley provincial N° 9.497, a fin de no verse obligada a abonar en el futuro, en su carácter de empleadora, los salarios determinados por la ley provincial impugnada; b) la condena a la provincia a la devolución de los mayores salarios que ha pagado a su personal en virtud de esa ley. Ello impone la consideración de ambas cuestiones en orden sucesivo (CSJN, 19-12-1986, “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 308:2569, y *LL* 1987-A-616).

¹⁰⁴ Doctrina y jurisprudencia admiten también la denominada acumulación “sucesiva”, que tiene lugar cuando una pretensión es deducida con la condición de que, previamente, sea acogida otra pretensión que actúa como presupuesto de ella (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 448).

¹⁰⁵ CSJN, 21-12-2000, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*: 323:4098, con cita del precedente “Gómez Diez”, *Fallos*: 322:528.

¹⁰⁶ CSJN, 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023, con cita del fallo de fecha 7-5-1998, “Consumidores Libres Cooperativa de Provisión de Servicios de acción comunitaria”, *Fallos*: 321:1352; Íd. 10-12-2013, “Roquel, Héctor Alberto c/ Provincia de Santa Cruz (Estado Nacional)”, *LL* 2014-A, fallo n° 117.530.

¹⁰⁷ CSJN, 28-5-2008, “Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1364; Íd., 15-6-2010, “Thomas, Enrique c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 333:1023; Íd., 10-12-2013, “Roquel, Héctor Alberto c/ Provincia de Santa Cruz (Estado Nacional)”, *LL* 2014-A-, fallo n° 117.530.

Es decir, en el marco del sistema federal, el sujeto que tiene legitimación activa para provocar el control indirecto es el titular del derecho que se intenta valer, quien ostenta un “interés” (actual o potencial frente a una amenaza seria e inminente)¹⁰⁸: no hay acción sin interés, ni recurso sin agravio¹⁰⁹.

Así, la Corte Suprema ha admitido la legitimación del “afectado” para deducir la acción, entendiendo por tal a quien tenga un interés inmediato en la declaración de nulidad para prevenir o impedir lesiones a un derecho¹¹⁰. Ha dicho que resulta “condición para el examen judicial de la constitucionalidad de las leyes u otros actos de la autoridad que él ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquellos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte actora”¹¹¹; la justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (Art. 2º de la Ley N° 27); dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre *partes adversas*¹¹² que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada

¹⁰⁸ Enderle, Guillermo Jorge, “Acción de inconstitucionalidad”, *LL* 2002-B-911, ap. XI. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 462 y sigs.

¹⁰⁹ Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 123, con cita de Hitters, Juan Carlos, “La jurisdicción constitucional en Argentina”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1991, pp. 283-305.

¹¹⁰ No se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes. Las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud (CSJN, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384, y *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”. Cfr. CNFCA, 8-4-2011, “Defensor del Pueblo de la Nación”, *LL* del 1º de julio de 2011, fallo n° 115.576).

¹¹¹ CSJN, 28-8-1984, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306:1125; *ED* 110-355; *Íd.*, 12-12-1985. Cfr. CSJN, voto de los doctores Ricardo Levene (h) y Rodolfo Barra, 12-10-1991, “Abud, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 314:1186; *Íd.*, 7-10-2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”, *Fallos*: 331:2178, y *LL* 2009-A-134. Cfr. CNFCA, 8-4-2011, “Defensor del Pueblo de la Nación”, *LL* del 1º de julio de 2011, fallo n° 115.576

¹¹² CSJN, 10-2-1930, “Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318; *Íd.*, 28-8-84, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355, consid. 2º; *Íd.*, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; *Íd.*, 29-8-1986, “Klein”, consid. 12, *Fallos*: 308:1489; *ED* 120-455; *LL* 1987-A-496; y *JA* 1986-IV-655; *Íd.*, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela *s/* inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522; *Íd.*, 20-4-1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; *Íd.*, 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 2º, *Fallos*: 324:2381; *LL*, Online, cita AR/JUR/4923/2001; *Íd.* 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484; *Íd.*, 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023.

al litigante¹¹³. Se configura una controversia entre partes si ellas sostienen derechos contrapuestos, esto es, una controversia “definida y concreta”¹¹⁴. Por el contrario, se rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad cuando “el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes”¹¹⁵. Es decir, ostenta legitimación sustancial activa para demandar en una acción de inconstitucionalidad quien resulte *afectado* por la norma o acto cuestionado¹¹⁶, que puede ser un *particular* (como ocurre en los casos “Newland”¹¹⁷, “Colegio San Lucas”¹¹⁸, “Iribarren”¹¹⁹, “Fayt”¹²⁰, “Hooft”¹²¹ y “Esso Petrolera Argentina”¹²², “Camuzzi Gas del Sur”¹²³, “Argenova S.A.”¹²⁴, entre otros), una *provincia* (como ocurre en los casos “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”¹²⁵, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹²⁶, etc.), o el *Estado nacional* (como ocurre en el caso “Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero”¹²⁷).

¹¹³ CSJN, 10-2-1930, “Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318; Íd., 26-8-2003, “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP”, *Fallos*: 326:3007; Íd., 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023.

¹¹⁴ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; Íd., 28-8-1984, “Baeza, Aníbal Roque”, *Fallos*: 306:1125.

¹¹⁵ CSJN, 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023, con cita del fallo de fecha 7-5-1998, “Consumidores Libres Cooperativa de Provisión de Servicios de acción comunitaria”, *Fallos*: 321:1352; Íd., 10-12-2013, “Roquel, Héctor Alberto c/ Provincia de Santa Cruz (Estado Nacional)”, *LL* 2014-A-, fallo n° 117.530.

¹¹⁶ Gil Domínguez, Andrés, “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”, *LL* 1996-A-1145, ap. IV.

¹¹⁷ CSJN, 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:606.

¹¹⁸ CSJN, 29-3-1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:421.

¹¹⁹ CSJN, 22-6-1999, “Iribarren, Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de”, *Fallos*: 322:1253.

¹²⁰ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos S. c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322-1616; *ED* 184-979; *LL* 1999-F-117.

¹²¹ CSJN, 16-11-2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*: 327:5118; *ED* Constitucional, 2005, p. 109; *LL* 2005-D-559

¹²² CSJN, 13-6-2006, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. c/ Provincia de Entre Ríos”, *Fallos*: 329:2231; *ED*, 219-66.

¹²³ CSJN, 7-10-2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”, *Fallos*: 331:2178, y *LL* 2009-A-134.

¹²⁴ CSJN, 14-12-2010, “Argenova S.A. c/ Provincia de Santa Cruz”, *Fallos*: 333:2367, y *LL* 2011-B-198.

¹²⁵ CSJN, 10-6-2008, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1412, y *LL* 2008-E-75.

¹²⁶ CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *LL* 1986-C-116.

¹²⁷ CSJN, 22-12-1987, “Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:2812; *LL* 1989-B-132.

Cabe también reconocer legitimación al *Ministerio Público* y al *Defensor del Pueblo* para intervenir en los asuntos que les corresponden dentro de sus atribuciones¹²⁸; y en general a todos los legitimados que surgen del Artículo 43 de la Constitución Reformada en 1994 y de las leyes protectoras del ambiente, los consumidores, y los intereses difusos o de incidencia colectiva en general, cuando actúan en defensa de los intereses que representan¹²⁹, y no se trata, por lo tanto, de simples peticiones abstractas o generales de inconstitucionalidad. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el Artículo 322 del CPCCN no constituye un óbice para la aplicación del citado Artículo 43 de la Constitución nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo¹³⁰.

No se reconoció legitimación para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley a quien demanda en calidad de “diputado nacional” en su calidad de representante del pueblo y en su condición de tal, toda vez que no es representante de la provincia o distrito electoral por el cual ha sido elegido, calidad que corresponde al Poder Ejecutivo en el ámbito de las competencias que le son propias. La calidad invocada sólo habilita al actor para actuar como tal en el ámbito del órgano que integra, y con el alcance otorgado a tal función por la Constitución Nacional¹³¹.

¹²⁸ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 365-366.

¹²⁹ Gil Domínguez, Andrés, “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”, *LL* 1996-A-1145, ap. IV; Loñ, Félix, “Misión y atribuciones del Defensor del Pueblo”, *LL* 2010-A-633, ap. 5.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la aplicación del Art. 43 de la Constitución en lo referido a las legitimaciones que reconece a la acción declarativa de inconstitucionalidad seguida en los cauces del Art. 322 del CPCCN, en virtud de la analogía existente entre esta acción y la de amparo, ya que ambas acciones son un medio idóneo para evitar o impedir las lesiones de derechos de base constitucional, tienen una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos. CSJN, 22-4-1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de”, Fallos: 320:691; *JA* 1998-I-309 y *ED* 177-238; cfr. Toricelli, Maximiliano, “Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares”, *JA* 2001-III-1294, ap. III *in fine*.

¹³⁰ CSJN, 22-4-1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 320:690; *LL* 1997-C-322; *JA*, 1998-I-309; *ED*, 177-238.

¹³¹ CSJN, 6-9-1990, “Dromi”, Fallos: 313:863; Íd. 7-4-1994, “Polino, Héctor”, Fallos: 317:335, y *LL* 1990-D-394; Íd., 31-3-99, “Gómez Diez, Ricardo”, Fallos: 322:528, *La Ley Online*, cita AR/JUR/5140/1999; Íd., 1-6-2000, “Garré, Nilda”, Fallos: 323:1431; Íd., 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 3º, Fallos: 324:2381; *La Ley Online*, cita AR/JUR/4923/2001; Íd., 15-6-2010, “Thomas”, Fallos: 333:1023, y *LL* 2010-C-718. No confiere legitimación al actor su invocada “representación del pueblo” con base en la calidad de “diputado” nacional que invista, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ente un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes dictadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio (CSJN 15-6-2010, “Thomas”, Fallos: 333:1023, y *LL* 2010-C-718, con cita del fallo “Dromi”, 6-9-1990, Fallos: 313:863).

4.7. Legitimación pasiva

a. La persona beneficiaria de la norma o acto cuestionado

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido señalando que el legitimado pasivo sólo podía ser la *persona beneficiada* por la norma cuestionada en su constitucionalidad¹³². Desde antaño ha dicho la Corte que el Poder Judicial de la Nación es el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a los que se refiere el Artículo 2º de la Ley Nº 27¹³³. Y dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre “partes adversas”¹³⁴: se configura una controversia entre partes adversas si ellas sostienen derechos contrapuestos, esto es, una controversia “definida y concreta”¹³⁵; es decir, la contienda entre partes adversas es aquella que se produce entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios cuya dilucidación se somete a la jurisdicción¹³⁶.

¹³² CSJN, 17-3-1988, “Edesur”, *Fallos*: 321:551, y JA 2001-I, síntesis. *Íd.*, 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484; Toricelli, Maximiliano, “La acción de inconstitucionalidad y la causa judicial”, *JA* 2002-III-6, ap. III; “Distintas variantes de acción de inconstitucionalidad en el orden federal”, *LL* 2005-A-1186, ap. III, d.

¹³³ CSJN, 28-8-1984, “Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 306-1125, y *ED* 110-355, consid. 2º; *Íd.*, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; *Íd.*, 29-8-1986, “Klein”, consid. 12, *Fallos*: 308:1489; *ED* 120-455; *LL*, 1987-A-496; y *JA*, 1986-IV-655; *Íd.*, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto Nº 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522; *Íd.*, CSJN, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; *Íd.*, 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 2º, *Fallos*: 324:2381; *La Ley Online*, cita AR/JUR/4923/2001; *Íd.*, 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484.

¹³⁴ CSJN, 10-2-1930, “Fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318; *Íd.*, 28-8-84, “Baeza, Aníbal c. Estado Nacional”, *Fallos*: 306-1125, y *ED* 110-355, consid. 2º; *Íd.*, 12-12-1985, “Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 307:2384; *LL* 1994-C-294; *JA* 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., “Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”; *Íd.*, 29-8-1986, “Klein”, consid. 12, *Fallos*: 308:1489; *ED* 120-455; *LL* 1987-A-496; y *JA* 1986-IV-655; *Íd.*, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del Decreto Nº 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522; *Íd.*, 20-4-1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; *Íd.*, 14-8-2001, “Raimbault, Manuel”, consid. 2º, *Fallos*: 324:2381; *La Ley Online*, cita AR/JUR/4923/2001; *Íd.*, 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484.

¹³⁵ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; *Íd.*, 28-8-1984, “Baeza, Aníbal Roque”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355.

¹³⁶ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; *Íd.*, 26-6-63, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 256:104; *LL* 112-558; *ED* 5-931; y *JA* 1963-V-199; *Íd.*

b. El Estado emisor de la norma o acto cuestionado

Coincidentemente con el criterio señalado en el punto anterior, en los supuestos en que se demanda al Estado emisor de la norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo reconocía legitimación pasiva a este último si es “*parte adversa* de quien efectúa el cuestionamiento”¹³⁷, entendiéndose por tal aquella que se produce entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios cuya dilucidación se somete a la jurisdicción¹³⁸. Por lo tanto, a las demandas de inconstitucionalidad contra el Estado emisor de la norma o acto, sólo se las consideraba admisibles si estaban en juego en el proceso derechos que las normas cuya inconstitucionalidad se solicite acuerdan al mismo Estado¹³⁹ (p. ej., derecho al cobro de impuestos¹⁴⁰).

Sin embargo, han existido muchos casos en que también se han considerado admisibles aquellas demandas deducidas por parte interesada contra el Estado (nacional o provincial) a cuya procedencia se opone este último. Pero para que el control sea admisible, debe ser “concreto”, es decir, el reclamante debe evidenciar siempre un interés inmediato, específico, real y diferenciado, como se ha señalado al tratar la “legitimación activa”. Así ha ocurrido, por ejemplo, en los fallos en las causas “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹⁴¹, “Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero”¹⁴², “Fayt c/ Estado Nacional”¹⁴³, “Hooft c/ Provincia de Buenos Aires”¹⁴⁴, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”¹⁴⁵, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”¹⁴⁶, “Argenova S.A. c/ Provincia de Santa Cruz”¹⁴⁷.

¹³⁷ CSJN, 27-5-2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ Provincia de San Luis”, *Fallos*: 327:1813; *DJ* 2004-D-484.

¹³⁸ CSJN, 1-12-1958, “David Hogg S.A.”, *Fallos*: 242:353; Íd., 26-6-1963, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 256:104; *LL* 112-558; *ED* 5-931; y *JA* 1963-V-199; Íd., 28-8-1984, “Baeza, Aníbal Roque”, *Fallos*: 306:1125, y *ED* 110-355.

¹³⁹ CSJN, 19-11-1987, “Colombo Murúa” (Incidente promovido por la querrela *sl* inconstitucionalidad del Decreto N° 2.125/1978 del PEN), *Fallos*: 310:2342; *ED* 127:109, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal”, y *JA* 1988-I-522, con cita de *Fallos*: 263:397, consid. 5°.

¹⁴⁰ CSJN, 3-2-1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 310:142; *ED* 123-421, con comentario de Morello, Augusto M., “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional”; Íd., 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:606; Íd., 13-6-2006, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. c/ Provincia de Entre Ríos”, *Fallos*: 329:2231; *ED* 219-66.

¹⁴¹ CSJN, CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; *LL* 1986-C-116.

¹⁴² CSJN, 22-12-1987, “Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:2812; *LL* 1989-B-132.

¹⁴³ CSJN, 19-8-1999, “Fayt, Carlos S. c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322-1616; *ED*, 184-979; *LL*, 1999-F-117.

¹⁴⁴ CSJN, 16-11-2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*: 327:5118; *ED* Constitucional, 2005, p. 109; *LL* 2005-D-559.

¹⁴⁵ CSJN, 10-6-2008, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1412, y *LL* 2008-E-75.

¹⁴⁶ CSJN, 7-10-2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”, *Fallos*: 331:2178, y *LL* 2009-A-134.

¹⁴⁷ CSJN, 14-12-2010, “Argenova S.A. c/ Provincia de Santa Cruz”, *Fallos*: 333:2367, y *LL* 2011-B-198.

c. Los efectos de la sentencia son “inter partes”

En el orden federal, como principio, los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma o acto son restringidos o “inter partes”, es decir, se circunscriben al caso concreto; no tienen efecto *erga omnes*¹⁴⁸. Por lo tanto, la norma declarada inconstitucional no se aplica únicamente a las partes intervinientes en el litigio¹⁴⁹, pero conserva su vigencia mientras no sea derogada por el órgano constitucionalmente competente¹⁵⁰. La Corte Suprema tiene dicho que los efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley se limitan al litigio en que aquélla ha sido pronunciada¹⁵¹. En un sistema de control judicial difuso asignarle a la declaración de inconstitucionalidad de una norma efectos *erga omnes* le habría conferido a cada Juez del Poder Judicial una posición de supremacía sobre los otros poderes, incompatible con el equilibrio que requiere la clásica fórmula republicana¹⁵².

4.8. Medidas precautorias o cautelares

Si bien, en las acciones declarativas de inconstitucionalidad no hay ningún reclamo de sentencia de condena, ello no impide que puedan dictarse medidas cautelares cuando existe un “peligro en ciernes” que haga ilusorio su derecho¹⁵³. Se suele pedir la suspensión de la aplicación de la norma cuestionada hasta tanto se resuelve en definitiva la demanda

¹⁴⁸ Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 124.

¹⁴⁹ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 362; Dolabjian, Diego A., “Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)”, *ED Constitucional* 2010-226. ap. 3. Sbdar, Claudia B., “Eficacia de las sentencias constitucionales”, *LL* 2011-A-816, ap. 2; Salgado, José María, “Control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad”, *LL* 2011-C-1007, ap. 4.

¹⁵⁰ Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 213; Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 362; Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 124; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *LL* 2007-D-1242, ap. IV, 2, d.

¹⁵¹ CSJN, del Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo, 9-10-2007, “Brito, Ignacio A. y otro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 330:4345, apartado III, con cita de los siguientes fallos: CSJN, 15-2-1939, “Exhorto de La Plata, Juez Dr. Horacio Casco en autos Fiamberti de Zemba, Carolina”, *Fallos*: 183:76; Íd. 20-7-1960, “Banco de Mendoza c/ Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 247:325; Íd., 21-9-1960, “Yraizoz, Ernesto y Juan Carlos c/ Demófilo Bengoechea”, *Fallos*: 247:700; Íd., 18-7-1972, “Lorenzo, José c/ Costa de Gorosito, Filomena”, *Fallos*: 253:253.

¹⁵² CSJN, 15-6-2010, “Thomas”, *Fallos*: 333:1023, y *LL* 2010-C-718. Cfr. Portero, Jorge Luis y Magri, Eduardo O., “El caso ‘Thomas’. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puso las cosas en su lugar. Los efectos no deseados de la ampliación de las fronteras de la justiciabilidad sobre la gobernabilidad democrática”, *LL* 2010-C-717, ap. I. F.; Highton de Nolasco, Elena Inés, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, *LL* 2014-C, ap. XIV.

¹⁵³ Cfr. Solá, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. V, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 411-412. Ver Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 359 y sigs. y 513.

de inconstitucionalidad¹⁵⁴. La Corte Suprema ha señalado que la “sola circunstancia de tratarse de una acción declarativa no excluye la procedencia de medidas precautorias”, dado que “éstas tienen por finalidad evitar el riesgo de que durante el transcurso del proceso, el pronunciamiento que pudiera reconocer o actuar el derecho pierda virtualidad”; y “ese riesgo puede existir no sólo en el supuesto de las acciones de condena sino también en las declarativas de certeza, en la medida en que se afecte de cualquier manera aquél cuyo reconocimiento se persigue”¹⁵⁵.

Como principio, siempre debe existir correlación o correspondencia entre la medida solicitada y el objeto del pleito principal. Por lo tanto, no cualquier medida precautoria procede para asegurar los resultados de lo pretendido en el proceso principal, sino sólo aquella que sirva a tales efectos¹⁵⁶.

También ha ratificado la Corte que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la “verosimilitud del derecho” invocado y el “peligro en la demora”¹⁵⁷. Ha dicho la Corte sobre el primer presupuesto que las medidas cautelares no exigen de los magistrados un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino su verosimilitud¹⁵⁸, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad¹⁵⁹. Y el requisito de peligro en la demora que exige la adopción de una medida de no innovar debe juzgarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Benini, Giorgio Agustín, “La acción de inconstitucionalidad en el orden federal y en las provincias patagónicas”, *ED Constitucional*, revista del 16-2-2012, ap. IV.

¹⁵⁵ CSJN, 13-11-1990, “Provincia de Mendoza c/ Compañía Argentina de Teléfonos S.A.”, *Fallos*: 313:1152; y *LL* 1991-B-255; en este caso la Corte estimó, con la provisionalidad propia de la valoración que a este fin corresponde formular, que se encontraba *prima facie* acreditada la verosimilitud del derecho que justifica la adopción de la medida solicitada (inventario de bienes), insusceptible de causar perjuicio alguno en atención a su naturaleza y efectos.

¹⁵⁶ CCiv.Com. Quilmes, Sala II, 13-10-1994, *ED*, 160-394, con nota de Wetzler Malbrán.

¹⁵⁷ CSJN, 25-6-1996, “Pérez Cuesta SACI c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 319:1069, y *LL* 1996-D-689; *Íd.*, 16-7-1996, “Frigorífico Litoral Argentino c/ Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 319:1317; *Íd.*, 10-12-1997, “Garre, Alfredo Antonio c/ Estado Nacional (Dirección General Impositiva) y otros”, *Fallos*: 320:2697.

¹⁵⁸ CSJN, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135.

¹⁵⁹ CSJN, 9-12-1993, “Antonio González S.A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 316:2855; *Íd.*, 31-5-1999, “Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 322:1135; *Íd.*, 1-9-2015, “Telecom Argentina S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *LL* 2015-F, fallo n° 118.833, consid. 4°.

¹⁶⁰ CSJN, 30-6-2015, “Minera Tritón Argentina S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de”, CSJ1382/2013; *LL*, revista del 27-8-2015, fallo n° 118.715.

Con relación a las medidas de “prohibición de innovar”, el Alto Tribunal ha expresado que, por vía de principio, tales medidas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan¹⁶¹. No obstante el principio general señalado, la Corte ha resuelto que tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles¹⁶². Y en este sentido ordenó una medida de prohibición de innovar¹⁶³. En otros casos ordenó mantener el estado anterior al dictado de la ley impugnada¹⁶⁴; o abstenerse de reclamar administrativa o judicialmente los impuestos cuestionados¹⁶⁵; o abstenerse de exigir el pago del impuesto impugnado establecido por ley¹⁶⁶. Ha habido supuestos en donde ordenó suspender los efectos de las normas cuestionadas¹⁶⁷.

En numerosos fallos la Corte Suprema tiene dicho que la acción declarativa de inconstitucionalidad debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes –al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal– y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto¹⁶⁸. Así, por ejemplo, en materia

¹⁶¹ CSJN, 9-12-1993, “Antonio González S.A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 316:2855, con cita de *Fallos*: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; Íd., 25-6-1996, “Pérez Cuesta SACI c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 319:1069, y LL 1996-D-689; Íd., 16-7-1996, “Frigorífico Litoral Argentino c/ Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 319:1317; Íd., 1-9-2015, “Telecom Argentina S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, LL 2015-F, fallo n° 118.833, consid. 3°.

¹⁶² CSJN, 1-12-1987, “Telecom Sociedad Anónima Comercial e Industrial c/ Provincia de Catamarca”, *Fallos*: 310:2464; Íd., 11-6-1991, “Harengus S.A. c/ Provincia del Chubut”, *Fallos*: 314:547; Íd., 9-12-1993, “Antonio González S.A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 316:2855, con cita de *Fallos*: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; Íd., 18-12-2002, “Amerisse c/ Provincia de Salta”, *Fallos*: 323:3514; Íd., 1-9-2015, “Telecom Argentina S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, LL 2015-F, fallo n° 118.833, consid. 4°.

¹⁶³ CSJN, 11-6-1991, “Harengus S.A. c/ Provincia del Chubut”, *Fallos*: 314:547; Íd., 1-9-2015, “Telecom Argentina S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, LL 2015-F, fallo n° 118.833, consid. 5°, con cita de los siguientes precedentes: 11-6-1991, “Harengus S.A. c/ Provincia del Chubut”, *Fallos*: 314:547; 29-4-2004, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Provincia de Tierra del Fuego”, *Fallos*: 327:1305; 29-5-2007, “Capex Sociedad Anónima c/ Provincia del Neuquén”, *Fallos*: 330:2470.

¹⁶⁴ CSJN, 9-12-1993, “Antonio González S.A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 316:2855

¹⁶⁵ CSJN, 1-9-2015, “Telecom Argentina S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 338:802.

¹⁶⁶ CSJN, 30-6-2015, “Minera Tritón Argentina S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de”, CSJ1382/2013; LL, revista del 27-8-2015, fallo n° 118.715; Íd., 22-5-1997, “Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo”, *Fallos*: 320:1093.

¹⁶⁷ CSJN, 29-12-2008, “Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de”, *Fallos*: 331:2907; Íd., 29-12-2008, “Molinos Río de La Plata S.A. c/ Misiones, Provincia de”, *Fallos*: 331:2919.

¹⁶⁸ CSJN, 20-8-1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379; y LL 1986-C-116; Íd., 19-3-1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, *Fallos*: 310:606; Íd., 29-3-1988, “Colegio San Lucas c/ Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 311:421; Íd., 12-10-1991, “Abud, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 314:1186; Íd., 20-6-1996, “Comité Federal de Radiodifusión y Televisión c/ Provincia de Neuquén”, *Fallos*: 319:998; Íd., 20-4-1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 322:678; Íd., 24-5-2005, “La Cabaña S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 328:1701, y DJ, 2005-II-1157; Íd., 15-8-2006, “Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 329:3184; Íd., 11-7-2007, “Brandi, Eduardo Alberto c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 330:3109, ED 225-291 y DJ, 2007-II-537; Íd., 27-4-2010,

tributaria, la Corte ha exigido, como principio, actos concretos de intimación de pago o determinación de oficio de la obligación fiscal¹⁶⁹. Sin embargo, también han existido otros fallos en donde el criterio del Alto Tribunal no ha sido tan formalista en la apreciación de esta exigencia¹⁷⁰.

5. ACCIÓN DE AMPARO

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, en el caso “Peralta, Luis A. c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía – BCRA” (año 1990)¹⁷¹, La Corte Suprema ha sostenido que la Ley Nacional de Amparo N° 16.986 no podía interpretarse como sustrayendo o prohibiendo a los jueces que en los juicios de amparo ejercieran, en la medida necesaria, el control de constitucionalidad para verificar si normas generales impugnadas por vía de amparo eran o no violatorias de los derechos que el amparo tiende a tutelar¹⁷². Ha dicho la Corte que el amparo, cuya finalidad es la de asegurar la efectiva vigencia de la Constitución misma, no puede recibir un límite legal que impida su finalidad esencial cuando ésta requiere que se alcance la cima de la función judicial como es el control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales. Y tal principio no admite una conclusión que haga prevalecer meras disposiciones de naturaleza procesal –y, por tanto, de carácter únicamente instrumental– por sobre nada menos que la Constitución Nacional. Y si bien un fundamento sustancial para desestimar los amparos cuando ello requería un pronunciamiento de inconstitucionalidad de una norma de carácter general consistía en la inexistencia en el orden nacional de acciones declarativas de inconstitucionalidad,

“Línea 22 S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 333-538; *LL* 2010-D-28; *Íd.*, 15-6-2010, “Día Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 329:2105; *LL* 2011-A; *JA* 2010-IV-595; *Íd.*, 14-12-2010, “Argenova S.A. c/ Provincia de Santa Cruz”, *Fallos*: 333:2367, *LL* 2011-B-198. Cfr. Spisso, Rodolfo R.: “Revitalización de la acción de certeza, menguado instrumento de defensa del contribuyente”, *ED Revista* del 2-10-2012, 2. Siempre que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los aspectos de un acto al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para evitar los eventuales perjuicios que se denuncian (CSJN, 26-2-2008, “Expreso Lomas Sociedad Anónima c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 331:337).

¹⁶⁹ Spisso, Rodolfo R., “Revitalización de la acción de certeza, menguado instrumento de defensa del contribuyente”, *ED* 249-746, ap. 4.2, con cita de los siguientes fallos: CSJN, 24-5-2005, “La Cabaña c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 328:1701; *Íd.*, 6-12-2005, “Transportadora de Gas del Sur c/ Provincia del Chubut”, *Fallos*: 328:4320; *Íd.*, “Transportadora de Energía”, *Fallos*: 327:2529; *Íd.*, 9-5-2006, “Nación AFJP c/ Tucumán Provincia de”, *Fallos*: 329:1554.

¹⁷⁰ Spisso, Rodolfo R., “Revitalización de la acción de certeza, menguado instrumento de defensa del contribuyente”, *ED* 249-746, ap. 4.2, con cita de los siguientes fallos: CSJN, 13-9-1988, “La Plata Remolques”, *Fallos*: 311:1835; *Íd.*, 29-12-1988, “Corrientes, Provincia de”, *Fallos*: 311:2836; *Íd.*, 22-4-1997, “A.G.U.E.R.R.A. c/ Provincia de Buenos Aires”.

¹⁷¹ CSJN, 27-12-1990, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía - BCRA”, *Fallos*: 313:1513; *ED*, 141-519.

¹⁷² Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 375.

ese óbice—reunidos los requisitos que la Corte exige—ha sido superado a partir del precedente de *Fallos*: 307:1379 (“Provincia de Santiago del Estero c/ Nación Argentina”, de fecha 20-8-1985), cuya doctrina fue posteriormente reiterada en otras causas. Es decir, con este fallo la Corte tiene por superado el criterio de desestimar los amparos que requerían un pronunciamiento de inconstitucionalidad de normas generales

Advierte Bidart Campos, que el amparo, desde siempre, reviste, en cuanto garantía, la naturaleza de una acción de inconstitucionalidad y de un proceso constitucional¹⁷³.

Con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el Artículo 43 regula lo vinculado a la acción de amparo. Luego de precisar los requisitos y circunstancias para interponer esta acción “expedita y rápida”, en la parte final del primer párrafo agrega: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. Con esta última norma, la prohibición del Artículo 2º, inc. “d” de la Ley Nº 16.986 ha quedado derogada y sin vigencia.

El texto transcrito permite interpretar que la acción de amparo no es sólo admisible cuando hay un acto individual de aplicación de la norma inconstitucional, sino también para cuestionar una norma general directamente autoejecutoria que causa lesión sin la intermediación de un acto individual de aplicación¹⁷⁴. Y si se trata de amparo deducido para hacer cesar “un acto u omisión lesivos”, se diferencia claramente con la acción declarativa de inconstitucionalidad a través de la cual sólo se persigue la mera declaración de inconstitucionalidad. Pero en el otro supuesto, es decir, cuando el amparo se intenta ante una norma que provoca directa o indirectamente una amenaza a los derechos constitucionales del reclamante, ya que en este supuesto, el amparo y la acción declarativa se rozan, ambos procuran una “tutela preventiva”¹⁷⁵.

Ha destacado la Corte Suprema que la existencia de “causa” a los fines de instar la acción de amparo presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso, debiéndose demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los Artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional. Corresponde desestimar *in limine* la acción promovida si el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, ni puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución y las leyes, no verificándose un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual o concreta¹⁷⁶.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 371.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 377; Loutayf Ranea, Roberto G.; Colombo Murúa, Ignacio; Rueda, Roque; Solá, Ernesto, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 494-495.

¹⁷⁵ Toricelli, Maximiliano, “Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares”, *JA*, 2001-III-1294.

¹⁷⁶ CSJN, 25-5-2008, “Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 331:1364.

Si no corresponde la vía del amparo para plantear el reclamo de inconstitucionalidad, puede el juzgador reconducir la pretensión y ordenar su tramitación por la vía que considere adecuada. Así lo hizo la Corte en el caso “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional”¹⁷⁷, en donde resolvió que la tramitación de la acción se efectúe según las reglas del proceso sumario, entonces existente en el CPCCN; o en el caso “José Nucete e hijos S.C.P.A. c/ La Rioja, Provincia de”¹⁷⁸, en donde dispuso que la acción se sustancie por el trámite previsto para el juicio ordinario en el CPCCN.

¹⁷⁷ CSJN, 20-8-1985, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*: 307:1379.

¹⁷⁸ CSJN, 3-7-2012, “José Nucete e hijos S.C.P.A. c/ La Rioja, Provincia de”, *Fallos*: 335:1222.

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL: EL DÍA DESPUÉS DEL COVID-19

ROSANA M. CASTRO*

1. PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN TIEMPOS DE UNA PANDEMIA

La Real Academia Española define al término *pandemia* como una “Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”¹.

A grandes rasgos, la cronología de los hechos remonta al 31 de diciembre de 2019, cuando China notificaba acerca de un conglomerado de casos de neumonía en Wuhan (provincia de Hubei), determinándose con posterioridad que ellos estaban siendo causados por una mutación del coronavirus, cuya secuencia genética China se encargó de hacer pública el 12 de enero de 2020.

El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró la epidemia ocasionada por el COVID-19 como una emergencia de salud pública de preocupación internacional (ESPII). Era la sexta vez que dicho organismo declaraba como un evento de esa envergadura desde la entrada en vigencia del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) en el año 2005.

De conformidad con el Anexo II del aludido instrumento, los criterios determinantes para la notificación de un posible ESPII están dados por la repercusión grave en la salud pública, que se trate de una enfermedad inusitada o imprevista, que haya riesgo significativo de propagación internacional y que suponga un peligro también importante de imponer restricciones internacionales a los viajes o al comercio.

* Abogada por la UCASal. Magíster en Derecho Administrativo y Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, ambos por la Universidad Austral. Jefa de Trabajos Prácticos en Derecho Administrativo en la UNSa. Secretararía de Cámara en lo Civil y Comercial en la Provincia de Salta.

¹ Ver <https://dle.rae.es/pandemia>.

Los esfuerzos fueron en vano. La propagación del virus ganó sin tregua su batalla, tanto frente a la burocracia del organismo internacional y sus recomendaciones como ante las tardías reacciones de muchos Estados, cuyos dirigentes políticos se mantuvieron en un primer momento incrédulos en torno a los verdaderos alcances adversos de este nuevo brote; por ende, permanecían reacios a la activación de protocolos sanitarios que pudieran de alguna manera alterar el normal ritmo de vida de sus habitantes. Eso, hasta que el nuevo virus hizo mella también, entonces, en sus territorios.

Frente a la rápida propagación de esta nueva versión del coronavirus y su gravedad, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud dio un paso adelante declarando el brote como una pandemia. Ni más ni menos. Lo que comenzara siendo una epidemia se había extendido globalmente por cientos de países, verificándose un gran número de personas infectadas y fallecidos.

En ese contexto internacional, con el triste célebre rótulo de “emergencia pública”, con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020², se decidió en nuestro país ampliar –por el plazo de un año– el estado de emergencia ya vigente en materia sanitaria y que había sido establecido, sin pandemia ni epidemia mediante, a través de la Ley N° 27.541.

A partir de allí, una serie de cataratas de instrumentos de igual tenor, tanto nacionales como provinciales, vinieron a implementar medidas desconocidas de un tiempo a esta parte. Cierres de fronteras, la suspensión del transporte de corta, mediana y larga distancia, de actividades educativas, de recreación, bares, restaurantes y toda otra que suponga la aglomeración de personas, llegándose incluso a decidir el posterior aislamiento social, preventivo y obligatorio³, en el entendimiento de que, ante la falta de vacunas y tratamientos antivirales de efectividad comprobada, aquellas medidas parecían ser las adecuadas –según las experiencias de otros países– para hacer frente a este nuevo brote pandémico.

No es posible pasar por alto que la noción de emergencia a la que en materia de salubridad alude el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y los sucesivos dictados en consecuencia, difiere de las bases de aquella otra que motivara el dictado de la Ley N° 27.541, cuyo Artículo 85 prorrogó la emergencia sanitaria nacional dispuesta por el Decreto N° 486/2002, sus disposiciones complementarias y modificatorias. Dicha ley, a más de declarar la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética y social, también lo hizo en el orden sanitario y, siguiendo los lineamientos de aquel viejo decreto, en el Artículo 2°, inciso f), fijó las bases de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo Nacional, que contempla “Procurar”: a) “el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social”; b) “el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles”; c) “atender al efectivo cumplimiento de la Ley N° 27.491 de control de enfermedades

² BO N° 34327 del 12-3-2020.

³ DNU N° 297/2020. BO N° 34334 del 20-3-2020.

prevenibles por vacunación” y d) “asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales”.

Es decir: desde el año 2002, esto es, hace más de 18 años y sin pandemia alguna, nuestro país se encuentra legislativamente sujeto a una emergencia sanitaria con fundamento en la mera implementación de políticas públicas vinculadas con el acceso a prestaciones médicas esenciales, vacunas y medicamentos. Se advierte así de qué manera, a lo largo de casi dos décadas, el poder político se ha valido del instituto de la emergencia, de carácter netamente extraordinario, para expandir injustificadamente el poder de policía y la policía administrativa para sobre su base limitar y por qué no, otras veces, alterar sustancialmente el contenido de los derechos individuales.

Apelar al uso de la policía de emergencia requiere para su validez no sólo la definición legislativa de una situación de emergencia, sino, además, que se persiga un fin público que consulte los superiores intereses del país; que la regulación excepcional que se imponga a los derechos individuales o sociales esté caracterizada por la transitoriedad y que exista una razonabilidad del medio elegido, una adecuación de ese medio al fin público perseguido con respeto irrestricto de los límites fijados en el Artículo 28 de la Constitución Nacional.

Es que, conforme lo apuntara el Tribunal Címero en la causa “Peralta”⁴, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término emergencia indica efectivamente una acción y efecto de emerger. Supone una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata (“de emergencia”), la que se lleva a cabo o sirve para salir de aquélla, siendo el “estado de emergencia” la situación oficialmente declarada de grave peligro por conflictos sociales, catástrofes naturales u otras. Por su parte, el vocablo emergente indica, tal como señala el precedente en cita, una ocurrencia que nace, sale y tiene principio en otra cosa. Tanto las palabras “emergencia” como “emergente” se asocian así a una urgencia y, paralelamente, se oponen a “sosiego” y “normalidad”.

Tales simples pautas revelan que, o en algún punto de estos últimos 18 años el estado de situación no ameritaba una declaración de aquella envergadura o su mantenimiento, o bien el paraguas de la emergencia adquirió contornos lo suficientemente laxos y ventajosos como para ser asiduamente utilizado, en todo momento y en cualquier circunstancia –por cualquier gobierno– para insuflar el poder de policía propio de un supuesto que, no obstante su carácter excepcional, ha venido conviviendo sin pausa en este alardeado Estado Constitucional de Derecho.

En esa inteligencia, es posible inferir que si bien todo el bloque de legalidad dictado por el Poder Ejecutivo Nacional invoca en su abono la denominada emergencia sanitaria por el COVID-19, lo cierto es que parte de un vicio congénito incompatible con los principios y bases fácticas que informaron la primigenia decisión de emergencia que remonta al año 2002, falencia que podría viciar los actos concatenados que hoy adquieren particular relevancia.

⁴ Cfr. CSJN, *Fallos*: 313:664.

No hay que olvidar que en la causa “Videla Cuello”⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “cuando se configura una situación de grave perturbación que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aún el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere”. Esa situación, conforme el precedente en cita, “habilita que el Estado pueda valerse, lícitamente, de todos los medios que le permitan combatirlas con éxito y vencerlas. Sin embargo, sus poderes no son ilimitados y han de ser utilizados, siempre, dentro del marco del Artículo 28 de la Constitución y bajo el control de jueces independientes, quienes, ante el riesgo al menos teórico de extralimitación de los órganos políticos de gobierno, tienen que desempeñar con cuidadoso empeño su función de custodios de la libertad de las personas”. Es que, siguiendo el espíritu y palabras del Máximo Tribunal allí plasmadas, “ninguna emergencia crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego (*Fallos*: 200:450)”. Por ende, “el gobierno está facultado para establecer la legislación pertinente con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguarda de las instituciones libres”⁶.

El termómetro de la legalidad del ejercicio del poder de policía de la emergencia y la consecuente responsabilidad estatal por los eventuales perjuicios que pudiere causar en ese camino, estará determinado, sin duda, por la razonabilidad de las medidas adoptadas en aras de tutelar el interés público comprometido.

En tal sentido, se ha sostenido que en razón de tratarse de una actividad infraconstitucional, el poder de policía de la emergencia, si bien se ve intensificado en cuanto a la potestad limitativa de los derechos individuales, no alcanza para justificar la mutación o la alteración de la sustancia de los derechos adquiridos. La restricción del ejercicio normal de los derechos debe ser ante todo razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del Estado de Sitio, no suspende las garantías constitucionales⁷.

El derecho positivo argentino, dijo la Corte Suprema, “es particularmente explícito en lo que concierne a la legitimidad de la suspensión de los derechos personales como recurso propio del poder de policía, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole, siempre que no se altere la sustancia de tales derechos”⁸.

⁵ CSJN, *Fallos*: 313:1638.

⁶ CSJN, *Fallos*: 313:1283.

⁷ Cfr. CSJN, *Fallos*: 243:467; 313:664; 324:5318, entre otros.

⁸ *Fallos*: 327:4495.

En ese marco conceptual, no debe pasarse por el alto un hecho de fundamental trascendencia. La pandemia internacional declarada con motivo del coronavirus COVID-19 podrá invocarse como causa y fundamento en la implementación de diversas políticas públicas: sanitarias, fiscales, administrativas, financieras, entre otras.

Sin embargo, no será el virus, sino el Estado, quien a través de su actividad legítima o no, en su acción u omisión, constituirá el único responsable de los daños que pudieren ocasionarse a raíz de las medidas que a su respecto se adopten a nivel nacional, provincial o municipal.

Es el Estado quien a través de sus jueces concede la prisión domiciliaria de delincuentes peligrosos invocando el COVID-19; es aquél quien debe implementar medidas de seguridad agravadas durante el aislamiento, en resguardo de las víctimas de violencia de género. Es quien se encuentra a cargo de realizar los debidos controles en rutas, vías y espacios públicos; es el que organiza la repatriación de personas determinando la ulterior modalidad de aislamiento preventivo; es quien centraliza la distribución de los respiradores disponibles a nivel nacional y es quien corre a cargo de suministrar a todos los agentes estatales en ejercicio de funciones, con especial énfasis a los que integran los servicios de salud y seguridad, el equipamiento e insumos necesarios para la atención segura y oportuna de los pacientes infectados o con riesgo de estar.

El virus no se hace cargo de los errores de diagnóstico médico y no determina los protocolos para su control en geriátricos o para la manipulación segura de cadáveres infectados, por ejemplo, por personal de las funerarias. Tampoco realiza contrataciones excepcionales para la adquisición de productos al margen de los precios máximos de venta; no autoriza el tránsito excepcional de extranjeros ni exceptúa de la prohibición de ingreso al territorio nacional y no decide el congelamiento de alquileres ni la suspensión de desalojos.

La multiplicidad de tareas y agentes ejecutores que asisten en el contexto descrito a la atención de esta pandemia, revela que la responsabilidad estatal en juego se encontrará teñida de inusitados ribetes, los cuales habrán de adquirir particulares características según el desarrollo de la actuación u omisión de los Estados provinciales y nacional.

Una cosa es segura, no es posible medir con una misma vara la responsabilidad de los Estados que estuvieron en sobre aviso por el avance del COVID-19 y tuvieron tiempo suficiente para aprender de la experiencia internacional que daba cuenta en forma exponencial de sus efectos nocivos, respecto de otros que, simplemente, no tuvieron esa oportunidad y actuaron de la mejor manera posible.

2. APROXIMACIÓN A LAS PRIMERAS PROBLEMÁTICAS

Dimensionar el verdadero alcance de todas y cada una de las posibles implicancias de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su comportamiento en el marco de COVID-19, a la luz de los elementos precedentemente descritos, resulta una tarea difícil de llevar a cabo; sobre todo, porque al encontrarnos en pleno proceso pandémico y sanitario, no es posible establecer aún sus verdaderos confines.

Sin embargo, las falencias que ya hoy se pueden advertir, seguramente permitirán testificar potenciales supuestos de responsabilidad estatal, tanto por su actividad legítima, como por faltas de servicio originadas por la actuación u omisión irregular de diversos órganos estatales. Pero las respuestas no habrán de ser las mismas. Ellas dependerán de la particular situación que cada jurisdicción habrá tenido que afrontar y de la regulación particular que en materia de responsabilidad hubiere dictado, o no.

En efecto, la Ley N° 26.944 no fue dictada en ejercicio de la facultad prevista en el Artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. De tal suerte, se trata de un precepto federal que no integra el derecho común de aplicación uniforme en todo el país. Lo concluido se corrobora con la invitación que a través de su Artículo 11 se realiza a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la adhesión a sus términos.

Ahora bien, cabe recordar que con la eliminación del Artículo 1112 del Código Civil, desde el 1° de agosto de 2015 todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontraron de cara a un Código Civil y Comercial que, a través de los Artículos 1764, 1765 y 1766, se ocupa de atender a la responsabilidad del Estado como un “supuesto especial” de responsabilidad, estableciendo, únicamente, que las disposiciones atinentes a la responsabilidad civil previstas en dicho cuerpo legal no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; que ese tipo de responsabilidad se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y que, respecto de los funcionarios y empleados públicos, su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales a su cargo, también se rige por las normas y principios de igual naturaleza.

Ubicada, así, la responsabilidad estatal en el campo del derecho público nacional o local, según correspondiere, la disparidad regulatoria a lo largo de nuestro país, además de afectar de forma manifiesta valores como la seguridad jurídica, atenta por defecto contra la materialización de tal responsabilidad y el principio de igualdad, frente al consecuente derecho de obtener parejas condiciones de protección ante los daños que pudiere producir el Estado nacional, provincial o municipal por el ejercicio de cualquiera de sus funciones.

Más allá de las eventuales diferencias regulatorias, todo dependerá, en cada caso, de la razonabilidad de las políticas públicas que se adopten en la búsqueda de aquello que el Director de la Organización Mundial de la Salud enfatizara en su discurso de apertura en la rueda de prensa sobre el COVID-19, celebrada el 11 de marzo de 2020, “[...] el delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos y el respeto de los derechos humanos”. Y uno de los grandes talones de Aquiles de la responsabilidad estatal en tiempos de pandemia, sin duda será la falta de servicio por omisión; el análisis y valoración de qué conducta concreta, de haber sido realizada en tiempo y forma oportuna, podría haber evitado un determinado daño.

Recogiendo la terminología usada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Mosca”, es dable reparar que el Artículo 3°, inciso d), última parte de la Ley N° 26.944, dispone que la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia a un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Al respecto, enseña Fabián Canda que, antes del fallo dictado por el Máximo Tribunal de la Nación en la causa “Zacarías”, “si el deber estatal incumplido no era específico y concreto, la responsabilidad por omisión resultaba improcedente”. A partir de dicha causa, el alto tribunal sostiene que no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber había sido cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que une a la víctima con el servicio y d) el grado de previsibilidad del daño. Similar criterio fue seguido por la Corte en el pronunciamiento emitido *in re* “Mosca”, en el cual se profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, al establecer que éste “debe ser motivo de un juicio estricto”, que se debe basar en: a) “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y b) “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”, sin descartarlo de plano.

A pesar de la inexistencia de una norma positiva que pudiera establecer un deber de conducta específico en cabeza de una determinada autoridad, en el marco de esta pandemia está claro que el comportamiento de cualquier órgano que pudiera verse involucrado en una eventual omisión causante de un daño resarcible, a partir de la recta ponderación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, solo podrá ser objeto de una ponderación en concreto de la conducta omisiva que pudiera atribuírsele, para lo cual, habrá de tenerse en cuenta los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso y la naturaleza de la actividad incumplida.

El hecho de que el reclamo pudiera eventualmente fundarse en mandatos jurídicos indeterminados –tal como el deber genérico de proveer lo necesario para resguardar la sanidad de la población y el consecuente acceso igualitario a los servicios de salud– no autorizaría soslayar de antemano la atribución de responsabilidad estatal. Conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “C. de P., V.S. c/ ANSeS”⁹, tal situación debe ser tan sólo motivo de un juicio estricto, basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

Un ejemplo claro de la apuntada problemática generada por diversidad regulatoria, en materia de responsabilidad de Estado en nuestro país, lo constituye el caso del malogrado regreso a la Provincia de Salta de un grupo de trabajadores golondrinas que se encontraban trabajando en la Provincia de Río Negro y que, violando la cuarentena, decidieron abordar un bus cuyo destino final era la Provincia de Jujuy.

La prensa daba cuenta de que el día jueves 23 de abril de 2020, personal de Gendarmería Nacional y de la Policía de la Provincia de Salta habían procedido a detener un colectivo proveniente de Río Negro, en el peaje de la localidad de General Güemes de aquella provincia, ya que el gobierno de Río Negro había informado que en dicho colectivo venían pasajeros que habían estado en contacto con enfermos de coronavirus.

⁹ CSJN, *Fallos*: 336:1642.

Una vez identificados, aquellos fueron trasladados al hospital Joaquín Castellanos de la referida localidad de Güemes. Una vez allí, sin mayores precauciones, el personal de salud procedió a tomarles la temperatura, pero como ninguno mostraba aún síntomas, no se les realizaron los respectivos test para detectar el virus. Es así como seis pasajeros se bajaron y siguieron su camino hacia la ciudad de Salta para hacer la cuarentena obligatoria en un hotel, junto a otros trabajadores golondrinas y estudiantes del interior provincial.

El viernes 24 de abril, el Juez Federal de Garantías Bavio formalizó la imputación por “propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas” y ordenó la detención de los dos obreros golondrina, los dos choferes y tomar las muestras de análisis, y se confirmó, el domingo 25, el positivo asintomático para uno de los obreros.

En esta acción inter-jurisdiccional y juego de competencias, es posible advertir cómo gracias a la conducta omisiva o la eventual prestación deficiente del servicio, un grupo de personas pudo eludir las distintas barreras sanitarias y sucesivos controles fronterizos ubicados supuestamente en todas las rutas del país, consiguiendo recién ser detectados después de recorrer más de dos mil kilómetros en compañía de 55 pasajeros.

Este hecho susceptible de producir un resultado dañoso a lo largo de todo el camino recorrido, guarda una clara relación de causalidad directa e inmediata con la conducta imputable tanto a organismos de seguridad y sanitarios de orden nacional como provinciales. Ello es así, pues este tipo de eventos no sólo ponen en tela de juicio la efectividad de las medidas adoptadas para asegurar el aislamiento social, preventivo y obligatorio decididas por el gobierno nacional, sino, además, de los propios controles implementados para identificar a las personas sospechosas de portar la enfermedad, con potencialidad suficiente para extender el brote viral en los confines de nuestro territorio.

Frente a un mismo supuesto, la eventual falta de servicio derivada del accionar conjunto de organismos nacionales y locales en el marco de sus respectivas competencias podría dar lugar a reclamos de responsabilidad estatal signados por un complejo entramado normativo. Ello es así, porque, por ejemplo, la Provincia de Salta no adhirió a los términos de la Ley N° 26.944, y si bien en el año 2015 se anunció la conformación de una comisión¹⁰ encargada de la elaboración de un proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, lo cierto es que aún no se dio a conocer ningún texto.

En función de ello, podría presentarse la paradoja de que, de cara a un mismo caso atendido en diferentes aspectos por órganos pertenecientes a distintos estamentos, la valoración de determinadas aristas podrá quedar sujeta a las previsiones contenidas en la Ley N° 26.944, mientras que otras, comprendidas en el ámbito provincial, no contarán con más previsión concreta que el Artículo 5° de la Constitución local, que admite la responsabilidad del Estado, sus funcionarios y empleados por los daños que ocasionen. Ni qué decir si a esta hipótesis añadimos la aplicación paralela de la potencial regulación vigente en materia de responsabilidad estatal de todas las Provincias por las que atravesó el grupo en riesgo.

¹⁰ Creada mediante Decreto N° 2.826/2015.

3. CONCLUSIONES

Es cierto que no toda conducta estatal que provoca un daño es susceptible de provocar una reparación. Pero también lo es, que el ejercicio del poder de policía de la emergencia no constituye una caja de pandora con virtualidad suprema para justificar, de manera irrestricta, cualquier supuesto que traduzca una vulneración de derechos individuales y sociales.

La llamada crisis del coronavirus, seguramente, ha excluido hoy de la agenda de las Administraciones el análisis cuidadoso acerca del eventual alcance de sus responsabilidades. Pero pasados sus efectos, tarde o temprano, las posibles víctimas y la sociedad toda reclamará un análisis crítico de los efectos perjudiciales ocurridos con motivo de la sucesión de medidas de las que continuamente nos vamos anoticiando.

El tiempo nos dirá si estuvimos o no alejados de esa realidad por venir.

LA PANDEMIA COVID-19 Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

BELTRÁN GAMBIER*

1. INTRODUCCIÓN

Frente a la crisis mundial del coronavirus los gobiernos vienen actuando y tomando un conjunto de medidas muy gravosas para la libertad individual y económica, con finalidades sanitarias, para preservar la salud pública.

En consecuencia, el Estado nos dice qué se puede y qué no se puede hacer ante la pandemia COVID-19. Limita y regula nuestros desplazamientos, decreta y prorroga el “estado de alarma” (o de excepción o de emergencia), impone sanciones, etc. Y todo ello no sin controversias políticas y exigencias de mayor transparencia por parte de la sociedad civil. En España ya hay querellas contra el Gobierno en nombre de miles de familias de muertos por la pandemia.

Sobre estas limitaciones dice, entre otras cosas, Luis Caro Figueroa: “[...] en este contexto de aguda crisis, algunas de nuestras libertades más fundamentales han desaparecido, al menos temporalmente. El nuevo coronavirus ha colocado dentro de un incierto paréntesis a un determinado número de valores fundamentales de nuestro contrato social; aunque tan preocupante como esto es el hecho de que la práctica desaparición de importantísimos derechos se haya producido sin debate político, sin que una ley debatida y votada por los representantes de los ciudadanos así lo hubiera decidido, y generalmente en base a decisiones administrativas urgentes que en muchos lugares han adoptado la forma de simples órdenes

* Abogado por la UNLP, ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Fue Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad del Museo Social Argentino y Profesor Adjunto en la UBA. Fue Profesor del Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

ministeriales” (“Pandemia y limitación de derechos fundamentales. Los principios de Siracusa”, artículo integrante de esta misma obra).

El Estado actúa a través de reglamentaciones que van surgiendo conforme se lo juzga necesario y a un ritmo por momentos vertiginoso. Todas ellas están reguladas en cuanto a sus formalidades por el derecho administrativo. Los científicos, los expertos y las autoridades sanitarias van siguiendo cuidadosamente la situación, recomendando lo que conviene hacer.

Todo ello en el marco de un clima social de alcance global francamente triste y deprimente, con miles de muertos en todo el mundo, con los hospitales y las funerarias por momentos desbordados y un parón económico local y mundial del que no hay antecedentes comparables.

Reflexionaré seguidamente sobre la Responsabilidad del Estado.

Quisiera decir, antes de adentrarme al análisis, que los temas jurídicos de estas características deben considerarse teniendo en cuenta las realidades locales, nacionales. En algunos países, pensar en la responsabilidad del Estado por la pandemia que estamos viviendo puede resultar desde prematuro hasta de dudoso éxito. La quiebra económica de muchos Estados –que deriva en la insolvencia– convertiría a este tipo de reclamos en inviables desde la perspectiva de un efectivo resarcimiento, más allá de los bonos estatales que podrían obtenerse en caso de que las demandas prosperen. En ninguno todavía, que yo sepa, se han promovido acciones de tipo resarcitorio, aunque sí hay noticia de ello en España, como ya lo dije, de procesos penales en curso por las conductas y omisiones de los funcionarios y de la autoridad política. Quizás por esto último en Francia se discute en estos días una exoneración de responsabilidad penal para los alcaldes (incluso podría alcanzar al sector privado) para el período de desconfinamiento, salvo que hayan violado deliberadamente una obligación determinada de cuidado o seguridad.

Hago una primera reflexión sobre la situación del personal sanitario que está en la primera línea de batalla. Creo que cuando la familia de una enfermera o médico muerto por contagio durante su acción profesional demande al Estado por el daño que supone la pérdida del ser querido, se debatirá si los mismos estaban debidamente protegidos. Y las consecuencias jurídicas –en términos resarcitorios– dependerán de lo que en el juicio se pruebe. Si pienso en España, veremos entonces al Estado, a través de la Abogacía del Estado, negar que se produjo tal desprotección. La solidaridad y agradecimiento que los gobernantes declaman cada día se olvida a la hora del enfrentamiento judicial. Ello no quiere decir que el contagio no pueda haber tenido lugar fuera del ambiente hospitalario, que también puede ser.

2. ¿PUEDEN LOS FAMILIARES DE LAS VÍCTIMAS DEL COVID-19 DEMANDAR CON ÉXITO LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO?

Analizaré seguidamente qué ocurre con la situación general en materia de responsabilidad estatal por la pandemia COVID-19, dejando fuera lo que ocurre con el personal sanitario porque merece un análisis especial.

Cabe preguntarse, entonces, si los familiares de las víctimas del COVID-19 estarían en condiciones de demandar con éxito la responsabilidad patrimonial del Estado.

La respuesta no es fácil. Habrá, seguro, quien exhiba certezas en esta materia. Pero yo prefiero la cautela. No reflexionaré teniendo en cuenta el derecho positivo español, para que estas consideraciones sean útiles, también, en otros países que atraviesan por una situación similar.

Lo primero que hay que analizar para determinar si se configuran los presupuestos para que se reconozca esta responsabilidad patrimonial (daño, relación de causalidad entre el hecho o de la omisión con el daño, imputabilidad/factor de atribución y un obrar u omisión irregular o antijurídica –“falta de servicio”–) es la razonabilidad de los medios dispuestos para prevenir la pandemia. En otras palabras, si tomaron las medidas adecuadas y posibles en tiempo oportuno.

Lo segundo que corresponde hacer es analizar la política sanitaria general adoptada por un Estado para paliar y combatir la pandemia, una vez que la misma se instaló.

Ambos razonamientos tienen que ver, pues, con la legalidad del obrar, con el “funcionamiento normal” de la Administración. Tienden a indagar sobre los datos que permitan determinar si hubo o no hubo “falta de servicio”. Se espera de la Administración un comportamiento diligente que tenga en cuenta todo lo necesario para la eficiencia, para la prevención; para evitar lo evitable en términos de contagios.

Y, por fin, corresponderá analizar el caso concreto de cada víctima. En efecto, aun cuando se considere razonable tanto lo actuado de modo general para prevenir la pandemia, como también lo actuado para combatirla, habrá que analizar cada caso concreto. Puede suceder que en un caso concreto no se hayan seguido los protocolos generales que hubieran permitido salvar una vida. Por ejemplo, si no se dispone a tiempo de un respirador en el marco de una situación clínica de cuidado intensivo.

Para analizar los primeros dos interrogantes (prevenir y combatir) hay que tener en cuenta las recomendaciones, cuando las haya, de los organismos multilaterales vinculados con la salud y la seguridad sanitaria. Y, también, los criterios científicos emitidos por los cuerpos especializados de la Administración, los que, ya lo quiero dejar dicho, deben ser públicos desde su emisión.

3. PODER DE POLICÍA DE SEGURIDAD SANITARIA: ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO? UNA REFLEXIÓN ANTE UN CASO QUE GUARDA CIERTA ANALOGÍA, EL DE LA SEGURIDAD EN LAS RUTAS/CARRETERAS; LO ATINENTE AL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

En situación de pandemia estamos ante el ejercicio del poder de policía sanitario, que podríamos llamar también “poder de policía de seguridad sanitaria”.

Esto nos conduce a la teoría general del derecho administrativo en la cual el derecho civil tiene una influencia importante. Por eso comienzo con el pensamiento de un civilista.

Y antes de entrar en su pensamiento, aclaro que sus razonamientos nada tienen que ver con la pandemia, pero sí con la efectiva prestación del poder de policía de seguridad. Y nos será útil, como lo veremos después, ya que en ambos casos se trata de ver qué se hizo para evitar un siniestro.

Al comentar un caso de seguridad en las rutas (carreteras), el civilista Jorge Bustamante Alsina, en una postura que no comparto, consideró que “el poder de policía instituido para preservar el bien común constituye un atributo irrenunciable del Estado. Es una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Si, como en el caso resuelto, se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas imponiendo en sus reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común”. Agrega, a continuación, que “esa actividad del Estado no solamente es lícita, sino que su ejercicio constituye un deber implícito en la Constitución y explícito en las respectivas leyes orgánicas de las policías provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención (Art. 1074, Código Civil). El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones, responsabiliza al agente u órgano del Estado que no cumplió su deber absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito”¹.

Como puede observarse, coloca en la categoría de resultado fallido a la configuración de un hecho dañoso en la ruta.

Por su parte, al analizar el mismo caso, Juan Carlos Cassagne, compartiendo la postura precedente, consideró que se trataba de una cuestión de hecho de naturaleza opinable pero que no se configuraba, a su modo de ver, el caso fortuito por cuanto el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas. Así, consideró que “si el hecho era susceptible de ser previsto y, si además, la provincia no demostró que se encontraba en situación de impotencia para impedirlo, ni tampoco en la imposibilidad relativa de hacerlo, no se dan las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el Artículo 514 del Código Civil” (se refiere al antiguo código). A su modo de ver, entonces, “la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto las providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas, lo que resulta exigible por cualquier particular que invoque un interés legítimo, no obstante las dificultades procesales que pudieran presentarse en la práctica”².

Explico a continuación mi postura –crítica de las anteriores– en relación a ese caso de seguridad en las rutas (carreteras) y, en el punto siguiente, haré la extrapolación de mis consideraciones al caso de la pandemia COVID-19.

¹ Bustamante Alsina, Jorge, “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, *La Ley*, tomo 1990-C, pp. 430 y sigs.

² Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 424 y sigs., pese a la discrepancia con mi postura –a la que aludiré seguidamente– acoge favorablemente el concepto de omisión antijurídica que expuse en su día: “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, *La Ley* 1990-E-617; ver también Cassagne, “La responsabilidad de los concesionarios viales”, cit., publicado en: *La Ley* 2006-F, 1141.

Le corresponde al Estado—a sus órganos y dependencias—tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los ciudadanos que transitan por ellas (hablo de las rutas ahora y en lo que sigue). Así, por ejemplo, debe existir una correcta señalización que indique las distintas circunstancias que debe tener en cuenta el conductor para no incurrir en riesgos mientras transita.

Se trata del ejercicio del poder de policía de seguridad que constituye un deber insoslayable de la Administración. Estimo que el ejercicio regular de esta potestad no genera, en principio, responsabilidad estatal, lo que sí ocurrirá, en cambio, si el ejercicio resulta irregular.

Debe poder valorarse, entonces, si fue regular el ejercicio del poder de policía de seguridad, aunque más no sea de un modo conjetural. Así, he de decir que resulta difícil sino imposible reflexionar sobre qué tipo de medidas se tomaron o pudieron haberse tomado para evitar el accidente ocurrido (en el que un animal suelto colisionó contra la víctima). Es una cuestión de hecho de complicado debate por la carencia de información que suele tener lugar. Vuelvo sobre ello más adelante.

Sin embargo, algo podremos considerar. A veces, en determinadas zonas de las rutas aparecen carteles que indican la existencia de animales sueltos. Ellos tienen su razón de ser en la localización de mercados o zonas de comercialización de ganado. Pero a lo largo de una ruta esa indicación no es permanente y es lógico que así sea. Ese aviso obliga a los conductores a reducir la velocidad aumentando, con ello, la prudencia en el manejo.

Además de las señalizaciones, habrá también otro conjunto de medidas que tienden a satisfacer la seguridad en las rutas, cuyo detalle no conocemos con rigor, y constituye una materia esencialmente técnica vinculada con el tránsito. Pero el sentido común y la lógica nos permiten intuir esas medidas. Así, por ejemplo, es obligatorio que todas aquellas tierras colindantes tengan un cerco perimetral que impida la salida de animales. Estas normas están establecidas, normalmente, en los códigos rurales. En los distintos aspectos que tienen que ver con el control del tránsito en las rutas pueden coexistir, también hay que decirlo, normas regulatorias municipales, provinciales y nacionales.

En mi análisis anterior del caso³ consideré que había que tener en cuenta, aparte de lo ya dicho, que la relación de causalidad —como presupuesto esencial para que se configure la responsabilidad estatal— entre el hecho u omisión y el daño, resultó comprometida con la existencia de lo que consideré como una situación asimilable al caso fortuito en los términos en que es definido por el Código Civil.

Volví a reflexionar a la luz del pensamiento de Cassagne⁴ sobre el particular, quien, como expuse, sostiene que no se presentan los requisitos legales para considerar que hubo caso fortuito. Expresa que el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia demandada las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas.

³ “Algunas reflexiones...”, cit.

⁴ Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado por omisión y la seguridad en las rutas. A propósito del caso Ruiz”, publicado en la obra *Máximos precedentes. Derecho Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 577 y sigs.

Por un lado, Cassagne no afirma categóricamente que el hecho dañoso fue susceptible de ser previsto al usar el condicional (“si el hecho era susceptible de ser previsto...”). Esa afirmación permite colegir que no en todos los casos el hecho pudo ser susceptible de ser previsto. En este sentido, alude a que pudo no haber situación de impotencia o de imposibilidad relativa para impedir el hecho dañoso. En este punto coincido: no hay certeza sobre esta circunstancia por lo acotado del debate procesal. Si eso fue así, razona, no se habrían presentado las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el Artículo 514 del Código Civil.

Lamentablemente, para la provincia (es la Provincia de Buenos Aires, la demandada) no fue necesario demostrar su situación de impotencia para impedir el hecho dañoso. Es posible que haya alegado en ese y en otros sentidos en la contestación de demanda, pero el debate y la prueba sobre este extremo no se llegaron a producir.

De la postura defensiva de la Provincia de Buenos Aires que se conoce por la sentencia sólo sabemos que se limitó a considerar, en lo esencial y por vía de excepción, que ésta no era la dueña ni guardián del animal, lo que nos permitiría colegir, no con certeza, que no se argumentó en la línea que sugiere Cassagne en torno a la imprevisibilidad e inevitabilidad. Pudo hacerlo, como acabo de decir, en la contestación de demanda, pero no se sabe si así fue. Tampoco surgen del fallo los fundamentos de la demanda más allá del argumento central ya indicado: omisión del deber de custodia de las rutas provinciales que le incumbe a la provincia. A estar por lo que allí se expresa, la actora habría invocado también la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

Entiendo que para Cassagne, por la conclusión a la que arriba, el hecho debió ser previsto. Es decir que la provincia debió arbitrar unos medios que no desplegó para evitar este accidente. A su modo de ver, entonces, la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto las providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas. Desde esta perspectiva, el resultado dañoso sería la prueba de la no previsión sin que se haya verificado judicialmente que la actividad omitida fuera materialmente posible.

En esta nueva reflexión, y colocándome en la posición de la parte actora del pleito, pienso que pudo resultarle difícil, sino imposible, identificar al dueño del caballo, lo que le hubiera permitido tener un codemandado. Es posible que en el acta policial correspondiente al accidente este dato no se consignara. Sin este argumento, la actora solo pudo basar su reclamo en la idea de falta de servicio, calificada o no como tal, en el ejercicio del poder de policía de seguridad. Cassagne, que comienza por afirmar que las circunstancias de hecho son opinables –yo diría que más bien son desconocidas– razona asumiendo que resulta inoponible la imprevisibilidad. La provincia, ya se dijo, pudo esgrimir esa defensa al contestar su demanda.

Sin embargo, la única manera de valorar el ejercicio regular del poder de policía de seguridad es a la luz de unos hechos y de unos razonamientos que este pleito no nos exhibe. Solo así se podría juzgar la razonabilidad de las medidas desplegadas por la Provincia de Buenos Aires para prevenir accidentes.

Por ello, y de manera conjetural, me planteo, ya fuera del caso, el siguiente ejemplo: ¿qué pasaría si la Provincia de Buenos Aires en aras a prevenir accidentes tiene prevista una o dos recorridas diarias de la ruta? Si así fuera, supongamos que minutos después de que el móvil de control haya pasado por un punto determinado un propietario allí localizado deja una tranquera abierta, sin querer, y se escapa un animal que no está marcado. En ese supuesto podríamos decir que la Administración ha tomado recaudos que lucen como razonables para prevenir accidentes, pero éstos, claro está, no resultan infalibles.

Entonces, concluyo que la forma en que se resolvió el caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que hemos analizado a lo largo de este comentario, nos ha impedido un mejor análisis de una situación que se sigue produciendo en las rutas argentinas y también en otros países.

Si la Corte hubiera rechazado la excepción de falta de legitimación planteada por la Provincia de Buenos Aires permitiendo que se tratara su contestación de la demanda, con la consiguiente producción de prueba por las partes, otra pudo ser la solución. Quizás se hubiera llegado también al rechazo de la demanda, pero ello hubiera ocurrido luego de ponderar una serie de elementos objetivos vinculados con el ejercicio del poder de policía de seguridad en las rutas. En otros términos, se hubiera podido analizar la posibilidad real que tuvo la Provincia de Buenos Aires de prever el accidente atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Para que ello ocurra es necesaria una rectificación jurisprudencial en la que se reconsideren dos aspectos. El primero es el vinculado con la propiedad del animal suelto que produce un accidente en la ruta. Fundamento que, por cierto, no concita adhesiones. Los animales que circulan accidentalmente por las rutas difícilmente pertenecerán a las provincias por las que pasan. El segundo aspecto tiene que ver con el vaciado de contenido del poder de policía de seguridad en las rutas que trasunta el fallo en tanto supone que la provincia se desentiende de la vigilancia de las mismas y prescinde de estimar las conductas omisivas que pueden dar lugar a la falta de servicio.

Señalo, para terminar, que la efectiva identificación de los animales que podría resultar como producto del cumplimiento efectivo de la obligación legal de tenerlos marcados, nos colocaría en otro escenario para la discusión jurídica.

4. DE LA SEGURIDAD EN LAS RUTAS A LA SEGURIDAD SANITARIA: EXTRAPOLACIÓN DE CRITERIOS. ¿FUE Y ES ADECUADA LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA? ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO? ¿CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR?

Creo, y por eso lo hice, que razonar con un caso de seguridad en las rutas (carreteras) nos ayuda a hacer lo propio ante el caso de la pandemia COVID-19.

En ambos casos son necesarias medidas de seguridad concretas por parte de las administraciones. Aunque estas medidas no tengan nada que ver entre sí en cuanto a la sustancia, tanto en uno como en el otro supuesto, deben resultar adecuadas y proporcionales para prevenir siniestros y daños. Son la consecuencia del ejercicio de un

poder estatal, el de policía. La falta de adecuación, razonabilidad o proporcionalidad tendrá, naturalmente, consecuencias en el plano resarcitorio.

En el punto anterior he realizado una serie de razonamientos conjeturales sobre las medidas dispuestas para evitar los accidentes en las rutas. Es verdad que resulta más fácil visualizar ese tipo de medidas. Lo mismo habrá que hacer al considerar el buen o mal ejercicio del poder de policía sanitario, pero no tenemos elementos suficientes, ahora, para ello.

Cuando se tenga esa información habrá que analizar si lo que se hizo para prevenir y controlar la pandemia COVID-19 fue lo correcto y adecuado en cada momento: desde el inicio hasta el final. Y ese juicio, que será de naturaleza técnica y científica, será revisable, naturalmente, en la jurisdicción contencioso administrativa si se inician acciones.

Es importante, también, tener en cuenta el debate precedente en torno a la seguridad en las rutas por lo que arroja de útil en torno a la posible configuración del caso fortuito o fuerza mayor, ya que su presencia viene a excluir la configuración del presupuesto de la relación de causalidad entre el hecho o la omisión antijurídica y el daño. Por ello corresponde formular el siguiente interrogante: ¿es la pandemia COVID-19 un supuesto de caso fortuito o un caso de fuerza mayor?

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Evidentemente, la pandemia COVID-19 pudo ser, hasta cierto punto, prevista por su origen en China (conocido en diciembre de 2019), a la que le siguió una rápida propagación en otros países.

En cuanto a la aludida evitabilidad, debemos considerar, para comenzar, que esta no pudo ser, parece que en ningún caso, total. Ello nos lleva a pensar en un determinado grado o nivel de evitabilidad posible. Por lo que la ausencia de una evitabilidad completa y absoluta genera aún mayores complicaciones para el intérprete.

En efecto, la consecuencia de una configuración plena de la evitabilidad tiene una enorme gravitación en el supuesto analizado, ya que eximiría de responsabilidad, en este caso la del Estado, al romperse la relación de causalidad entre el hecho o la omisión y el daño. Pero si no es plena, la ruptura de la relación de causalidad tampoco lo es. Lo que nos coloca ante complejas circunstancias de hecho que no facilitan el análisis de cara a la determinación de la responsabilidad estatal.

En otras palabras, necesitamos, como ya lo anticipé, el auxilio de los científicos y de los técnicos. Parecería que la magnitud del COVID-19 tomó por sorpresa al mundo entero. Pero es necesario matizar esa afirmación. Quiero decir que no nació de la noche a la mañana (y en todos los países a la vez), aunque casi. Fue muy veloz todo el proceso. Se dio como un tsunami viral de gran alcance y de movimiento vertiginoso.

La clave del análisis reposa, entonces, en la segunda parte del concepto: habiendo sido previsto (el hecho), ¿no ha podido ser evitado total o parcialmente?

Si miramos lo ocurrido en España, a partir de los primeros casos que se fueron conociendo, resultaba obligatorio y razonable, me parece, tener en cuenta lo ocurrido en Italia (y en China) y, en especial, la respuesta sanitaria allí organizada y dispuesta que consistió, en lo esencial, en el confinamiento (cuarentena) de la población. Y muchas otras medidas complementarias, de cuya existencia y alcance no se sabía mucho. Prueba de ello fue que la humanidad no conocía la idea de confinamiento global, del que se habla y se hablará muchísimo.

El gobierno español presume de buen obrar (tanto en la prevención como en la lucha contra el virus), pero es cuanto menos dudosa la política de prevención desde que se autorizó el “8M” cuando una agencia europea (Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades, ECDC) desaconsejaba, desde principios de marzo, ese tipo de eventos multitudinarios. Ya se hablaba de evitar las aglomeraciones y del distanciamiento social. Como ya dije, los organismos multilaterales juegan un papel muy importante en estas situaciones. Pero hay que hacerles caso, o, en su defecto asumir las consecuencias.

Con la pandemia ya instalada en los países, todo nos conduce, entonces, a la consideración de la determinación de la “evitabilidad” de los daños (contagios y muertes) para analizar si resulta excluida la responsabilidad estatal, lo que conecta, inexorablemente, con el concepto de “funcionamiento normal”, o, lo que es lo mismo, ante la inexistencia de la configuración de un obrar o una omisión irregular (falta de servicio). Y en este análisis habrá que contar, lo digo una vez más, con el necesario aporte científico y técnico y determinar lo que se hizo, cómo se hizo –si bien o mal– y lo que dejó de hacerse.

Una omisión de obrar cuando el mismo debió tener lugar es tan antijurídica como una acción que no corresponde o que resulta defectuosa. No estamos ante una “obligación de resultados”, y sí ante una “obligación de medios” por parte de las administraciones, pero estos medios deben ser eficientes. Como ya lo dije, los informes de los expertos deben ser de acceso público, y deben serlo desde el momento en que se emiten. Ya sabemos que cuando los estados son llevados a juicio, todas las pruebas que no les convienen pueden desaparecer o ser de casi imposible obtención.

Con las precisiones precedentes, que requieren de un mayor desarrollo, habrá que determinar la variedad de supuestos que se presentarán.

A modo de ensayo, propongo dos ejemplos:

1. La persona muere sin saber cómo ni cuándo se contagió y luego de que se le aplicaran todos los protocolos sanitarios disponibles sin que fuera posible salvarla.
2. La persona muere sin saber cómo ni cuándo se contagió y no logra acceder a tiempo a una Unidad de Cuidados Intensivos.

Algo que debe tenerse en cuenta es que cuanto más tarde en el tiempo se haya producido el contagio (por ejemplo, ahora, en comparación con marzo), mayor será, en abstracto, y sin considerar las circunstancias particulares del caso, el porcentaje de culpa que se podrá atribuir a la víctima, porque a medida que pasa el tiempo todos estamos mucho más advertidos de la peligrosidad y contagiosidad del COVID-19.

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que no hay claridad en torno a las características detalladas y a la eficiencia de las medidas adoptadas para enfrentar el COVID-19, resulta difícil considerar si hubo buen o mal ejercicio del poder de policía sanitario, entendiendo al mismo como consistente en una obligación de medios; si hubo, en definitiva, funcionamiento anormal de la Administración o “falta de servicio”, o normal.

Por ello, la revisión judicial que pueda realizarse tendrá que atenerse a las circunstancias acaecidas en el momento en que se produjo el daño y a lo que se consideraba, con base científica y técnica, como útil para evitar o paliar los efectos de la pandemia. Labor difícil, auguro, con la falta de transparencia que puede haber en los países.

Por ello, el gran problema de la responsabilidad del Estado será el de determinar la relación de causalidad existente en cada caso concreto. Y avizoro desde ya que será muy difícil determinar si el contagio se produjo por una omisión estatal o una acción estatal concreta calificable de funcionamiento anormal (por ejemplo, si se suministraran a la población mascarillas defectuosas). Si así lo fue, será cuestión ardua determinar qué incidencia tuvo esa acción u omisión en la cadena de causalidad que culmina con el daño o si medió culpa concurrente de la víctima. Será también difícil saber en qué magnitud y con qué alcance consecuencial acaeció la evitabilidad de un contagio determinado en el marco del concepto del caso fortuito y la fuerza mayor. Gravitará, por fin, el momento del contagio, por lo que supone el conocimiento de la peligrosidad y contagiosidad del COVID-19 cuando su presencia se fue consolidando.

Sin embargo, como dije al principio, pensar en la responsabilidad del Estado por la pandemia que estamos viviendo puede resultar desde prematuro hasta de dudoso éxito en algunos países afectados por las circunstancias económicas graves por las que atraviesan.

LA PANDEMIA EN EL MUNDO

EMERGENZA SANITARIA E EMERGENZA GIURIDICA. PUNTI PROBLEMATICI PER IL DIRITTO COSTITUZIONALE IN ITALIA

CESARE MIRABELLI*

1. PROBLEMI APERTI DALLA EMERGENZA SANITARIA

L'emergenza sanitaria determinata dalla epidemia da coronavirus ha prodotto effetti che vanno molto oltre gli aspetti sanitari. La rapida e violenta diffusione in Italia di una malattia priva di vaccini e di terapie risolutive, col più elevato numero di infettati nelle Regioni più ricche del Paese e con una alta percentuale di morti, ha reso necessario fronteggiare l'epidemia adottando provvedimenti che limitassero al massimo i contatti tra le persone e le possibilità di contagio. Una specie di "quarantena preventiva" dei sani di oltre tre mesi perché non si ammalassero, con poche eccezioni per chi fosse impegnato nella sanità o in altri servizi essenziali. Questa situazione ha comportato la sospensione delle attività produttive, commerciali, professionali, tranne quelle strumentali per assicurare beni e servizi destinati alla sanità e alla sicurezza, e la filiera agro-alimentare, con la connessa logistica.

* Magistrato prima e poi professore ordinario di diritto ecclesiastico nelle Università di Parma, Napoli e, fin dalla sua fondazione, all'Università di Roma 'Tor Vergata', della quale ha concorso ad elaborare lo statuto. Insegna anche diritto costituzionale nella Facoltà di diritto civile della Pontificia Università Lateranense. Ha partecipato ai lavori di revisione del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede, e componente della Commissione per la sua attuazione, e per le intese con le altre confessioni religiose, che ha portato, tra l'altro, all'intesa con le Comunità israelitiche. Nel 1986 è stato nominato dal Parlamento componente del Consiglio Superiore della Magistratura di cui poi è stato eletto Vicepresidente. Nel 1991 è stato eletto dal Parlamento Giudice della Corte Costituzionale; nel 2000 ne è stato Presidente. E' stato Presidente del Consiglio Nazionale degli Utenti, costituito presso l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, e componente del Consiglio superiore per i beni culturali. Ha diretto il Dipartimento Identità culturale del Consiglio Nazionale delle Ricerche (2011-2012). E' componente del Consiglio Superiore della Banca d'Italia. Avvocato ammesso al patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione ed alle altre Corti superiori, è Presidente della Corte di arbitrato dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato.

Nei limiti in cui fosse possibile, si è attivato il lavoro da remoto, anche in settori non immaginati in precedenza, con una accelerazione nella diffusione dell'uso delle tecnologie informatiche e delle innovazioni organizzative, anche in settori quali si esprime la sovranità dello Stato. Dalla celebrazione a distanza dei processi civili, penali e amministrativi previsti in aule di giustizia virtuali, dopo una non breve completa sospensione di tutte le udienze per le quali non fosse manifesta una assoluta urgenza, fino alle Camere di consiglio della Corte costituzionale "riunita" da remoto. Del resto si è posta in discussione la possibilità di riunione telematica delle Assemblee della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica anche per esprimere le votazioni da remoto, giungendo ad una conclusione non ancora positiva, praticata invece del Parlamento dell'Unione Europea. Riunioni a distanza, per audizioni, discussioni e deliberazioni, sono invece praticate, con specifiche cautele per assicurare la genuinità della partecipazione a distanza, dalle Commissioni di ciascun ramo del Parlamento. Si potrebbe continuare con molte altre attività che non richiedono necessariamente la presenza fisica della persona.

Questa esperienza segnala che l'epidemia non ha solamente messo in crisi la gestione della sanità e la tutela della salute, ma ha anche sconvolto la vita personale, sociale, lavorativa, economica, istituzionale, e l'elencazione potrebbe continuare. Come pure sono sconvolte, almeno fino a quando non si troverà un rimedio efficace per prevenire l'insorgenza e la diffusione del morbo, le previsioni di tenuta o sviluppo dell'economia, per il precipitare di una crisi di dimensioni mai conosciute dalle attuali generazioni.

L'ambito giuridico non si sottrae a questo sconvolgimento, che costituisce un drammatico *stress test* dal vivo delle regole e delle modalità di azione in una situazione di così grave, diffusa e prolungata emergenza. In questa prospettiva si possono segnalare alcune criticità che si sono manifestate per quanto riguarda l'esercizio di diritti fondamentali, quali le libertà di circolazione, di riunione, della *privacy* per quanto riguarda rispetto alla tracciabilità dei movimenti della persona e conoscibilità del suo stato di salute, di esercizio del culto. Altri elementi di crisi si sono manifestati nei rapporti tra i diversi livelli di rappresentanza politica e competenza legislativa e amministrativa, tra lo Stato e le Regioni. Né mancano questioni che si preannunciano nei rapporti tra privati, ad esempio in materia di responsabilità per inadempimento o ritardato adempimento di contratti di fornitura a seguito della forzata chiusura delle attività produttive disposta dalle autorità di governo.

Naturalmente è possibile indicare e introdurre i temi sui quali riflettere, che richiedono un successivo e più adeguato sviluppo, nella prospettiva di una possibile elaborazione organica del diritto dell'emergenza. Con l'avvertenza che la costituzione italiana non prevede uno "stato di eccezione" che consenta di attribuire poteri straordinari o eccezioni alle garanzie offerte dalla costituzione per i tempi ordinari. Solamente in caso di guerra, che pure "l'Italia ripudia [...] come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali" (Art. 11. Cost.) le Camere deliberano con legge "lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari" (Art. 78. Cost.). Non rientra in questa situazione l'emergenza sanitaria, anche se spesso designata nel linguaggio della comunicazione di massa come "guerra" ad una epidemia che avrebbe anche essa vittime e conseguenze distruttive, economiche e sociali, comparabili a quelle del dopoguerra.

2. LIMITAZIONI ALL'ESERCIZIO DI DIRITTI INVIOLABILI: LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE, LIBERTÀ DI RIUNIONE, LIBERTÀ DI CULTO

Per contenere la diffusione dell'epidemia da coronavirus e per mitigare il rischio di contagio il Governo ha adottato misure straordinarie. Con due Decreti legge (N° 6 del 2020 e N° 19 del 2020) e con più numerosi Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ha disposto limitazioni, ritenute temporaneamente necessarie, all'esercizio di diritti di libertà individuale e collettiva garantiti dalla costituzione. Un primo ordine di problemi riguarda la ammissibilità di queste limitazioni e la idoneità della fonte normativa adottata per disporle.

È da premettere che i Decreti legge sono atti che il Governo può emanare in casi di necessità e urgenza. Sono deliberati dal Consiglio dei ministri e proposti per la firma al Presidente della Repubblica, che in tal modo può esercitare un primo e sommario controllo di correttezza costituzionale. Entrano in vigore il giorno stesso della pubblicazione e devono essere presentati lo stesso giorno alle Camere per la conversione in legge, e decadono, perdendo effetti *ex tunc*, se non convertiti in legge entro 60 giorni. Uno strumento previsto come straordinario, che non sottrae al Parlamento il dominio della legislazione, potendo modificare le disposizioni del decreto legge o rifiutarne la conversione in legge. Nella prassi il Governo ha usato impropriamente i decreti legge, per forzare i tempi abituali dell'ordinario procedimento legislativo e spingere le Camere a deliberare entro 60 giorni.

Diversamente dai Decreti legge, i Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (in seguito designati con l'acronimo in uso DPCM) sono atti amministrativi a carattere generale, e come tali devono avere una base legislativa che li autorizza e da "copertura" alla materia trattata. Anche se hanno contenuto normativo, non hanno forza di legge. Presentano garanzie molto minori dei Decreti legge: non sono deliberati dal Consiglio dei ministri, non sono sottoposti alla firma del Presidente della Repubblica, non sono presentati alle Camere, che tuttavia possono esercitare i loro abituali poteri di controllo sul Governo e indirizzo politico, con ordini del giorno, mozioni, sino a poter costringere il Governo alle dimissioni approvando una mozione di sfiducia.

I Decreti legge ai quali ci riferiamo hanno previsto genericamente il catalogo delle misure che avrebbero potuto essere adottate con DPCM e che hanno coinvolto e limitato il *diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale* (Art. 16 cost.); il *diritto di riunioni anche in luogo aperto al pubblico* (Art. 17 cost.); il *diritto di esercitare in privato e in pubblico il culto* (Art. 19 cost.). Quest'ultimo comprende le riunioni a carattere religioso destinate al compimento di atti di culto, e oltre a riguardare diritti individuali e collettivi, coinvolge anche i rapporti tra lo Stato e la Chiesa. Altre disposizioni dispongono a sospensione di attività produttive, commerciali, professionali e di servizi alla persona, ed hanno coinvolto la *libertà di iniziativa economica privata*, che tuttavia "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*" (Art. 41 cost.).

Le disposizioni che limitano l'esercizio di diritti di libertà possono essere valutate, dal punto di vista della legittimità costituzionale, sotto diversi profili:

(a) della idoneità della fonte normativa adottata per disciplinare la materia, vale a dire il decreto legge e i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri;

(b) della legittimità costituzionale del contenuto delle disposizioni;

(c) della interferenza, per quanto riguarda la libertà di culto, con le competenze proprie della Chiesa e con il rispetto degli impegni concordatari.

In linea di principio possono essere ammesse, dal punto di vista costituzionale, limitazioni all'esercizio di diritti di libertà, purché ragionevolmente giustificate dal bilanciamento dei diversi diritti e dei beni che la costituzione egualmente protegge.

Nella attuale situazione di emergenza sanitaria entra in gioco la tutela della salute, che la costituzione qualifica come "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*" (Art. 32 cost.), e la cui effettiva protezione può rendere necessario limitare i contatti tra persone, ed evitarne il concentrazione, per proteggere dal rischio di contagio e prevenire o mitigare la diffusione di una grave epidemia, che rimane ancora priva di vaccini e terapie adeguate o di altri strumenti di prevenzione.

La possibilità di imporre limitazioni alla libertà di circolazione è prevista dalla stessa costituzione, che nel garantirla fa salve "*le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità*" (Art. 16 cost.). Da questa disposizione si possono trarre elementi utili per chiarire più in generale come e quanto le limitazioni possano essere considerate costituzionalmente tollerabili. Se ne desume:

(a) il diritto non può essere soppresso né sospeso, ma solamente limitato nel suo esercizio; ciò significa che deve essere in ogni caso salvaguardato il suo nucleo essenziale e incompressibile;

(b) le limitazioni devono essere stabilite in via generale dalla legge, oppure da un atto del Governo avente forza di legge, che presuppone una successiva legge di conversione (decreto legge, Art. 77 cost.) o una previa legge di delega (decreto legislativo, nel rispetto dell'oggetto, del limite di tempo e secondo i principi e criteri direttivi stabiliti dal Parlamento nella legge di che attribuisce la delega al Governo, Art. 76 cost.).

Gli elementi previsti espressamente per la libertà di circolazione, vale a dire la garanzia della fonte legislativa, la finalità da perseguire e la salvaguardia del nucleo essenziale del diritto di libertà che viene limitato, non possono mancare per limitazioni imposte alla libertà di riunione in luogo aperto al pubblico e alla libertà di esercizio del culto (per il quale sono esclusi solo i riti contrari al buon costume), diritti per i quali le disposizioni costituzionali che li garantiscono non prevedono espressamente alcuna limitazione (Arts. 17 e 19 cost.).

Oltre che rispondere a questi requisiti, la limitazione di diritti di libertà deve essere ragionevolmente giustificata: necessaria, adeguata e funzionale rispetto alla finalità di tutela della salute. Il sacrificio imposto deve essere proporzionato rispetto al bene che si intende proteggere, deve essere limitato nel tempo e correlato alla durata e all'intensità del pericolo che giustifica la restrizione.

Secondo questi parametri di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni adottate, il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri non è una fonte idonea ad

introdurre limitazioni a diritti di libertà garantiti dalla costituzione, se manca una base legislativa che stabilisca in via generale in quali circostanze di pericolo per la tutela della salute le misure restrittive possono essere adottate, quali siano le specifiche misure che possono essere disposte, per quanto tempo possono durare le limitazioni, quali sia la valutazione dell'intensità del pericolo che le rende necessarie, adeguate e proporzionali. Difatti il DPCM, come si è detto, è un atto amministrativo del Governo, che non offre le garanzie di una legge, approvata dal Parlamento, sottoposta al controllo del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione, suscettibile di essere sottoposta al giudizio della Corte costituzionale.

In base a questi criteri il primo Decreto legge (N° 6 del 2020) presenterebbe vizi di legittimità costituzionale nella parte in cui ha previsto genericamente “*misure di contenimento e gestione dell'emergenza*” (Art. 2°) non specificate, e non ha determinato quali valutazioni del pericolo le avrebbe rese necessarie, né precisa come ciascuna misura debba essere proporzionata alla effettività e gravità del rischio. Il vizio del Decreto legge travolgerebbe anche il primo DPCM (8 marzo 2010), che sarebbe privo della necessaria e adeguata base legislativa.

Questa anomala situazione è stata riassorbita dal successivo Decreto legge (N° 19 del 2020), che recupera e comprende tra le misure che possono essere adottate quelle già disposte con il precedente DPCM, inserendole in un atto avente forza di legge e sottoposto al Parlamento per la conversione in legge. Il Decreto legge, dopo avere elencato le misure che possono essere adottate con DPCM, ha anche stabilito che queste misure debbono riguardare *periodi predeterminati*, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni e comunque entro il termine dello stato di emergenza (31 luglio 2020), e devono rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio, valutati con il supporto di un apposito Comitato tecnico scientifico.

3. DIVIETO O RESTRIZIONI PER LE CERIMONIE RELIGIOSE E RELAZIONI TRA STATO E CHIESA

Alcune osservazioni particolari riguardano le limitazioni alla libertà di culto, che coinvolgono le relazioni tra lo Stato e la Chiesa ed il rispetto di norme concordatarie.

La costituzione riconosce, tra i principi fondamentali, che “*lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*”. Questo principio è enunciato, con una formula non dissimile, anche dalla Costituzione del Concilio Vaticano II *Gaudium et spes*, per a quale: “La comunità politica e la chiesa sono indipendenti e autonomi l’una dall’altro nel proprio campo” (paragrafo 76), ed è stato riaffermato dallo Stato con il richiamo alla costituzione e recepito bilateralmente nel 1984 dall’Articolo 1° dell’Accordo di revisione del Concordato lateranense.

In coerenza con questo principio spetta allo Stato tutelare la salute dei cittadini e disporre le misure necessarie per escludere o contenere la diffusione di una così grave epidemia. Spetta alla Chiesa, nella “*piena libertà di svolgere la sua missione pastorale*” (Art. 2° dell’Accordo di revisione del Concordato), celebrare gli atti di culto ma con modalità che non contrastino con le misure necessarie per tutelare la salute nella attuale contingenza

di diffusione dell'epidemia, misure che spetta allo Stato determinare ragionevolmente. Rientra nella competenza della Chiesa stabilire quali atti di culto ritiene di celebrare e quali eventualmente sospendere, e con quali modalità le celebrazioni possono essere rese compatibili con le indeclinabili prescrizioni sanitarie ragionevolmente stabilite dallo Stato. Tra le due Parti va attivata la “*reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese*”, prevista dall'Articolo 1° dell'Accordo di revisione del Concordato, che pure prefigura intese tra le competenti Autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana in materie di reciproco interesse (Art. 13).

Dopo un iniziale contrasto per il generale divieto di celebrazioni religiose disposto dal Governo, salvo le cerimonie funebri ammesse con non più di 15 familiari presenti, si è raggiunto un accordo formalizzato con il Protocollo firmato il 7 maggio 2020 dal Presidente del Consiglio dei ministri, unitamente al Ministro dell'Interno competente per gli affari di culto, e del Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, che stabilisce le modalità della ripresa delle celebrazioni religiose con il popolo.

4. CONTROLLO SOCIALE E SANITARIO MEDIANTE TRACCIAMENTO DELLA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE

Nell'ambito della protezione dei diritti individuali, si pone un altro ordine di problemi per la possibilità di controllare e conservare la traccia della circolazione degli individui, da rilevare mediante una “*app*” caricata sul proprio “*smartphone*”, in modo da poter segnalare la vicinanza e i contatti, anche involontari, con altri individui dai quali può derivare un rischio di contagio o ai quali si può trasmettere il contagio. Alla cautela imposta con l'obbligo di rimanere nella propria abitazione ed il divieto di circolazione, si sostituirebbe il controllo della circolazione mediante la raccolta e l'elaborazione dei dati relativi agli spostamenti degli individui.

Questa soluzione può essere astrattamente ammessa a due condizioni: che sia disposta da una fonte normativa idonea; che i contenuti e le modalità della raccolta dei dati e del controllo rispettino i diritti costituzionali.

Il diritto di circolare liberamente riguarda non solamente la facoltà di spostarsi senza subire limitazioni territoriali; comprende anche la libertà di farlo senza essere sottoposti a un invasivo controllo della propria posizione e dei propri spostamenti. Sotto questo aspetto la libertà di circolazione si collega con la tutela della *privacy*, che riguarda anche la raccolta di dati personali, e qualsiasi forma del loro trattamento automatizzato, relativi alla ubicazione e agli spostamenti della persona.

Come ogni altra limitazione della libertà di circolazione per motivi di sanità, anche il tracciamento degli spostamenti della persona può essere stabilito solamente con una legge e non può essere disposto con un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Quanto al contenuto della disciplina, il sacrificio che viene imposto deve essere necessario, adeguato rispetto al fine, proporzionato rispetto al beneficio anche collettivo che se ne ricava, rigorosamente limitato nel tempo.

Inoltre, a tutela della *privacy*, i dati sanitari che vengono raccolti devono riguardare esclusivamente quelli rilevanti per il controllo del contagio epidemico. La conservazione dei dati relativi alla circolazione e alla localizzazione della persona deve essere commisurata all'arco temporale della possibile contagiosità di chi ne sia portatore: una sorta di quarantena virtuale. Le modalità di raccolta, trattamento, conservazione e distruzione dei dati deve rispondere alle altre garanzie stabilite per la protezione dei dati personali sensibili, quali sono quelli relativi alla salute, e devono essere sottoposte al controllo delle Autorità indipendenti competenti in questa materia.

È evidente che la vigilanza sulla possibile diffusione dell'epidemia mediante questo sistema di controllo sociale e sanitario richiede, per essere efficace, che sia generalizzato, in quanto reso obbligatorio oppure adottato dalla quasi totalità dei cittadini. Inoltre richiede che siano continuamente aggiornati i dati sulla condizione di contagiosità di ciascuno, con rilevazioni ripetute ed estese a un numero indefinito di individui.

I rischi connessi alla introduzione di un così incisivo e pervasivo controllo sociale richiedono una legge che ne definisca le caratteristiche e le modalità operative, sia che la legge ne imponga l'implementazione, sia che lo configuri come un servizio offerto, al quale aderire liberamente per tutelare la salute propria ed altrui.

5. TUTELA DELLA SALUTE E COMPETENZE DELLO STATO E DELLE REGIONI

La organizzazione delle istituzioni politiche rappresentative, articolata su più livelli, con l'attribuzione a ciascuno di essi di competenze legislative, di governo e di amministrazione, risponde al principio di sussidiarietà, per il quale l'esercizio delle funzioni pubbliche deve essere attribuito al livello istituzionale più idoneo ad esercitarle con efficacia e vicinanza alla comunità di riferimento, in relazione alla natura, alla complessità e alla dimensione delle questioni da affrontare e del servizio da rendere. Agli elementi positivi, connessi alla prossimità della istituzione che esercita il potere alla comunità di riferimento, corrisponde il rischio di reciproci conflitti tra i diversi livelli istituzionali nella determinazione delle attribuzioni o nell'esercizio delle rispettive competenze. Questo rischio è ancora maggiore se si considera che il principio di sussidiarietà può richiedere una mobilità delle competenze, o in via straordinaria del loro temporaneo esercizio, in ragione del variare della dimensione dei problemi e dell'impatto che può avere l'attività da svolgere nella concretezza delle situazioni.

La costituzione italiana segue la impostazione pluralistica. L'ordinamento costituzionale è caratterizzato da una forte autonomie regionale, pur senza arrivare ad ulla configurazione federalista. La costituzione afferma tra i suoi principi fondamentali da un lato l'unità e indivisibilità della Repubblica, e dall'altro riconosce e promuove le autonomie locali (Art. 5° cost.). Due principi che possono apparire come due poli complementari, se l'unità si intende in modo corretto non solamente nella dimensione territoriale dello Stato, ma anche nell'unità giuridica che ammette la diversità che le autonomie possono esprimere, ma nei limiti che non mettono in gioco l'unità dell'ordinamento, e che in ogni caso devono preservare l'identità dei diritti e l'eguaglianza nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, tra questi ultimi quelle sanitarie, garantite su tutto il territorio nazionale.

Il principio autonomistico trova sviluppo nella attribuzione alle Regioni della potestà legislativa, non più riservata esclusivamente allo Stato, oltre che delle funzioni amministrative. Alcune materie sono riservate alla competenza esclusiva dello Stato. Altre alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni: la legislazione dello Stato determina i principi fondamentali, mentre le leggi regionali dettano le disposizioni di dettaglio. Le altre materie non indicate nominativamente, sono residualmente attribuite alla potestà legislativa delle Regioni (Art. 117 cost.).

I nodi sorgono per la definizione delle materie, designate con una terminologia che presenta non pochi margini di incertezza, e in qualche caso utilizza espressioni affini; a volte le materie sono “trasversali” perché attraversano orizzontalmente campi attribuiti ad altre materie. Non meraviglia, quindi, che nel rapporto tra Stato e Regioni siano emersi margini di incertezza sulla definizione delle rispettive competenze in ordine alle misure da adottare per fronteggiare l’epidemia

È intuitivo che una epidemia così grave, non fronteggiabile con vaccinazioni e terapie validate come efficaci, diffusa su tutto il territorio nazionale, richieda una valutazione unitaria delle misure da adottare, anche se queste possono essere diversamente modulate, in rapporto a oggettive situazioni sanitarie locali. Ma questo impone che rimanga unica la competenza e la responsabilità, collocata al livello del Governo, a dettare le misure considerate necessarie per contrastare la diffusione dell’epidemia, salva la indicazione di ambiti nei quali, e dei criteri con i quali, le Regioni possono discostarsi da una regolamentazione comune. Del resto se la “tutela della salute” è materia di competenza concorrente, allo Stato spetta “la determinazione dei principi fondamentali”. Inoltre alla competenza esclusiva dello Stato è riservata la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, e tra questi quelli relativi alla tutela della salute, considerata “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività” (Art. 32 cost.). Inoltre la costituzione prevede che il Governo si può sostituire agli organi delle Regioni in caso di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica, nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione (Art. 120 cost.).

Il principio di leale cooperazione, che la costituzione pone a base dei rapporti tra Stato e Regioni, dovrebbe valere a prevenire conflitti, porre rimedio a incertezze e stimolare l’esercizio condiviso e coordinato delle rispettive competenze. La novità e l’urgenza delle questioni affrontate in una situazione eccezionale di emergenza non ha aiutato a percorrere procedure di cooperazione non sempre semplici.

La competizione tra Stato e Regioni si è manifestata in particolare per l’apertura e la regolamentazione delle attività produttive. Spesso si è trattato di annunci o di prese di posizioni polemiche, determinate anche dalla diversità delle forze politiche al governo nello Stato e nelle Regioni. Dagli annunci si è passati alle aule di giustizia. Il Presidente del Consiglio dei ministri per la prima volta è ricorso al giudice amministrativo per ottenere l’annullamento di una ordinanza regionale in contrasto con quanto stabilito con un suo decreto (DPCM), che attua misure straordinarie previste con decreto legge per contrastare l’emergenza epidemiologica, preferendo in tal modo la via giudiziaria all’esercizio del provvedimento governativo di annullamento, da adottare con una procedura più complessa

e di maggiore impatto politico. L'ordinanza della Presidente della Regione Calabria, che aveva disposto la riapertura di bar e ristoranti con somministrazione all'aperto, è stata annullata dopo pochi giorni dal Tribunale amministrativo regionale; ma contro questa decisione la regione ha annunciato un ricorso in appello al Consiglio di Stato.

La Provincia autonoma di Bolzano, che ha uno statuto speciale, ha anticipato, rispetto a quanto stabilito dal Governo nazionale, l'apertura delle attività economiche, commerciali, dei servizi alla persona, stabilendo un proprio calendario e la regolamentazione delle misure di protezione da adottare. Da parte sua il Governo ha annunciato un ricorso alla Corte costituzionale per denunciare la illegittimità di questa legge regionale, che avrebbe violato competenze costituzionali dello Stato. Offrirebbe alla Corte la occasione, o meglio le imporrebbe, di interpretare e ricondurre a sistema le diverse disposizioni costituzionali, rendendo possibilmente chiaro quello che può apparire oscuro.

In tutti e due i casi sembra demandata alla giurisdizione, comune o costituzionale, la soluzione di un conflitto che ha prevalente carattere politico, insorto nell'ambito delle istituzioni e che non ha trovato soluzione nel rapporto tra di esse.

Altri percorsi giurisdizionali potranno essere aperti da cittadini, in particolare per la verifica della legittimità di limitazioni imposte a diritti di libertà, sia per il loro contenuto sia per valutare la idoneità della fonte normativa con la quale sono state disposte. È possibile che nel corso di qualsiasi giudizio venga sollevata una questione di legittimità costituzionale che riguardi se il prolungato obbligo di rimanere nella propria abitazione sia la conseguenza di una limitazione alla libertà di circolazione, o non ricada nell'ambito della libertà personale e richieda altre garanzie. In ogni caso consentirebbe alla Corte costituzionale di precisare le condizioni, le modalità ed i limiti nei quali sono tollerabili limitazioni a diritti di libertà.

6. VERSO UN DIRITTO DELL'EMERGENZA SANITARIA?

Le criticità emerse segnalano la opportunità di una riflessione sull'intero quadro normativo destinato ad operare nel contesto di una situazione di emergenza. Non si tratta di prefigurare la introduzione di uno stato di eccezione, non previsto e non consentito dalla costituzione, per sospendere le garanzie costituzionali. Piuttosto l'analisi da condurre una volta superata la crisi può condurre a prefigurare una legge organica che definisca le modalità organizzative e operative delle istituzioni politiche rappresentative e delle amministrazioni pubbliche, e puntualizzi le garanzie che debbono essere assicurate per evitare che, in condizioni diverse delle attuali, si possano manifestare derive autoritarie.

Le criticità che possono essere avvertite non riguardano esclusivamente il diritto costituzionale e la sfera pubblica, ma riguardano anche i rapporti tra privati. Sono evidenti gli effetti delle misure disposte per il contenimento della diffusione dell'epidemia sui rapporti di lavoro e sulle modalità delle sue prestazioni. Non sono ancora affiorate le questioni che riguardano, ad esempio, il mancato o il ritardato adempimento di prestazioni per causa non imputabile al debitore. Nella filiera della produzione l'intreccio di forniture tra imprese rende evidente la connessione tra le diverse unità produttive. La disciplina dettata dal codice civile (si veda in particolare l'Art. 1256) è adeguata per situazioni eccezionali che

presentano le caratteristiche di quella presente? Sarà compito della giurisprudenza ricostruire il sistema ed elaborare il “diritto vivente” sulla base di principi che rispettino equità e giustizia? Oppure sarà il Parlamento a recuperare il suo ruolo di legislatore?

L’elenco dei problemi che si aprono potrebbe continuare. Resta la domanda se ci avviamo alla elaborazione di un nuovo diritto dell’emergenza sanitaria.

EMERGÊNCIA E COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL: OMISSÕES, CRISE INSTITUCIONAL E CONFLITOS INTERFEDERATIVOS

IRENE PATRÍCIA NOHARA*

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Em dezembro de 2019, em Wuhan, China, houve a identificação de um novo coronavírus, que ocasiona doença respiratória aguda grave. Como o ocorrido se deu no ano de 2019, o vírus foi denominado Covid-19. Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde –OMS– declarou o surto como emergência de saúde pública de interesse internacional, sendo que, em 11 de março de 2020, mais recentemente, ele foi reconhecido como pandemia.

O presente artigo foi escrito a convite do ilustre Professor Martin Plaza, que organiza esta relevante obra, tendo sido elaborado para expor as medidas de enfrentamento da situação de emergência provocada pela pandemia do Covid-19 no Brasil. O Brasil não fez parte dos epicentros iniciais de disseminação da doença e de seu contágio, mas, acabou que, por uma série de fatores, está atualmente sofrendo os efeitos mais devastadores da pandemia.

Ressalte-se que, na data de 11 de março de 2020, a Argentina tinha dois mortos por Covid-19, e o Brasil, um morto, no entanto, em 25 de abril de 2020, o Brasil alcançava o número de 4.045 mortos, ao passo que a Argentina contabilizava 185 mortos. No dia 28 de abril de 2020, as mortes ocorridas em território brasileiro chegaram a 5.017, superando as mortes registradas em território chinês (4.643).

* Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora-Pesquisadora em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

O percentual de letalidade do coronavírus não é alto, mas, se a população infectada for, em números absolutos, imensa, com o contágio exponencial, então haverá mortes proporcionalmente em contingentes populacionais grandes, caso a velocidade de contágio não seja contida por medidas eficazes. Note-se que, até o presente momento, ainda não há no Brasil testes de massa para o Covid-19, o que significa risco acentuado de subnotificação de contágio em território nacional.

Assim, muitos governos se esforçam com sucesso para tentar conter o avanço da pandemia em sua expansão geográfica, a exemplo da Nova Zelândia, contando o relógio para que a ciência avance rapidamente em descobertas de tratamentos adequados e testes de vacinas, sendo imprescindível, portanto, que as nações tomem medidas aptas para que o sistema de saúde dê conta de atender a demanda crescente que se anuncia, sendo imprescindível, então, que haja uma gestão pública eficaz e concertada entre órgãos e governos, de distintas esferas federativas, Poder Público e iniciativa privada, para conter os riscos dos avanços da pandemia.

Houve, inicialmente, no Brasil, a edição da Lei Nº 13.979/2020, que prevê medidas de enfrentamento da saúde pública para proteção da sociedade na disseminação e no seu contágio, conforme será exposto. As medidas devem ser acionadas em função de evidências científicas e análises estratégicas no período (de tempo) ou no espaço necessário à promoção e preservação da saúde, dentro das categorias de risco e prevenção.

Ocorre que, em meio à pandemia, o Brasil enfrentou uma crise política acentuada, pois além de o Presidente da República Bolsonaro ter subestimado a potencialidade de danos à saúde pública e à vida humana pela pandemia, conforme será exposto, ele exonerou o Ministro da Saúde bem em meio à crise aguda de saúde, isto é, no período de abril de 2020, em meio à ascensão exponencial do contágio do Covid-19 no Brasil. Ainda, houve a edição de Medida Provisória tentando chamar para a esfera federal a responsabilidade maior pelas medidas de combate à pandemia.

Mas o Supremo Tribunal Federal, conforme será visto, em decisão datada de 15 de abril de 2020, acabou legitimando as medidas adotadas pelos demais entes federativos, entendendo que a competência reconhecida à Anvisa não afasta as atribuições dos estados e municípios no tocante à saúde pública. Conforme será exposto, o Brasil enfrenta dificuldades peculiares, que transforma o combate à pandemia especificadamente desafiador, por conta das omissões do governo federal em fomentar medidas mais intensivas, da crise institucional entre Poderes da República, bem como pelos conflitos suscitados nos distintos âmbitos de competências federais, estaduais e municipais.

2. MEDIDAS DE COMBATE À PANDEMIA

A Lei Nº 13.979/2020 foi editada, no Brasil, em fevereiro de 2020, antes mesmo do anúncio da situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, o que ocorreu, conforme dito, em 11 de março de 2020. Ela dispôs sobre medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional, decorrente do Covid-19. De acordo com o Artigo 1º, § 2º, da lei, ato do Ministro da Saúde disporá sobre a duração

da situação de emergência de saúde pública de que trata a lei, que não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde.

Como a principal preocupação atual de emergência em relação à pandemia é de contágio coletivo, ou seja, a propagação do coronavírus e a contaminação em massa, o que pode gerar um colapso do sistema de saúde e da capacidade dos cemitérios, são medidas já tratadas no início da lei, em seu Artigo 2º, o isolamento e a quarentena.

Ambas as medidas envolvem restrições¹ e separação de pessoas, mas enquanto, tecnicamente, apesar de os termos serem utilizados comumente sem esse rigor técnico, o isolamento envolve separação de pessoas doentes ou contaminadas, bem como de bens, meios de transporte, mercadorias e encomendas postais, a quarentena, por sua vez, compreende a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação.

Então, a medida de isolamento é de prevenção, pois as pessoas já estão contaminadas ou doentes, e a medida de quarentena, uma precaução, pois há suspeita de contaminação. No caso atual² do Covid-19, como muitas pessoas estão contaminadas e ainda assintomáticas, ainda não há teste disponível no presente momento para testagem em escala tão elevada, então, é difícil fazer essa triagem em massa, no presente momento, e, ainda, isolar de forma individualizada as pessoas, principalmente porque muitas pessoas ainda assintomáticas e em convívio social podem contaminar pessoas que são mais suscetíveis a estarem num grupo mais vulnerável, que são os idosos, os diabéticos, as pessoas com comorbidades.

Por isso, o tipo de quarentena que deve ser implementada, se vertical ou horizontal está em debate, mas é difícil separar apenas as pessoas dos grupos mais vulneráveis, pois elas são cuidadas por pessoas que não estão nos grupos vulneráveis. Ademais, nas Américas o Covid-19 está sendo também grave para um número elevado de pessoas que não têm essas vulnerabilidades, muitas das quais estão morrendo também da doença.

O Artigo 3º da lei estabelece que para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com redação dada pela Medida Provisória Nº 926/2020, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (1) isolamento; (2) quarentena; (3) determinação de realização compulsória de: (a) exames médicos; (b) testes laboratoriais; (c) coleta de

¹ Envolve sobretudo articulação de poder de polícia, isto é, condicionamentos e restrições às liberdades e aos bens em benefício da coletividade. Vedar atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 809. Note-se que Agustín Gordillo critica o uso da expressão “poder de polícia”. Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., T. 3, Belo Horizonte, Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, V. 5, p. 12.

² Importante reiterar que o Covid-19 é ainda estudado, então as medidas tomadas hoje podem ser tidas como piores num contexto futuro, em função do avanço científico que propiciará saber o “estado da arte” de tratamento da doença ou de medidas mais eficazes para combater o seu contágio coletivo.

amostras clínicas; (d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (e) tratamentos médicos específicos; (4) estudo ou investigação epidemiológica; (5) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; (6) restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos de: (a) entrada e saída do País; e (b) locomoção interestadual e intermunicipal (conforme inclusão da medida provisória); (7) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e (8) autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: (a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e (b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

Será considerada falta justificada seja ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo. Note-se que, conforme será exposto, no período de abril de 2020, muitas atividades laborais e educacionais já estavam operando com *home office* e *homeschooling* de forma mais homogênea, então, antes mesmo de qualquer decisão oficial, muitos estabelecimentos privados e repartições públicas já estavam determinando o afastamento social.

De acordo com o Artigo 3º, § 5º, da lei, ato do Ministro da Saúde disporá sobre as condições e prazos aplicáveis às medidas de isolamento e quarentena e concederá autorização para a medida de autorização de importação de produtos sujeitos à Anvisa sem o seu registro. Ainda, ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura (conforme acréscimo da Medida Provisória Nº 972/2020), disporá sobre a medida de restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Anvisa, por rodovias, portos e aeroportos de: (a) entrada e saída do País; e (b) locomoção interestadual e intermunicipal. O ato conjunto pode estabelecer delegação de competência para resolução dos casos nele omissos.

Assim, as medidas, conforme a lei, podem ser adotadas: (1) pelo Ministério da Saúde; ou (2) pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses de: isolamento, quarentena, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáveres, restrição excepcional e temporária de locomoção ou entrada e saída do país e autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro da Anvisa.

São medidas que, segundo a lei, podem ser tomadas diretamente pelos gestores locais de saúde: determinação de realização compulsória de: (a) exames médicos; (b) testes laboratoriais; (c) coleta de amostras clínicas; (d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (e) tratamentos médicos específicos; estudo ou investigação epidemiológica; e requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa.

As medidas previstas no mencionado artigo, quando adotadas, devem resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, sendo que a Medida Provisória Nº 926/2020 pretende estabelecer que o Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre serviços públicos e atividades essenciais, mas, essa determinação

foi compatibilizada, em interpretação conforme, por decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que deve ser respeitada a competência de governadores e prefeitos de também estipularem por decretos quais são os serviços públicos e atividades essenciais que entendam importantes em seus contextos.

De acordo com o parágrafo décimo do Artigo 3º, incluído pela Medida Provisória Nº 926, de 2020, as medidas de isolamento, quarentena e restrição à circulação, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas e autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

Para auxiliar na rápida aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, será dispensável a licitação, conforme redação da Medida Provisória Nº 926/2020. Trata-se de dispensa aplicável temporariamente, apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública e de importância internacional.

O Artigo 6º da lei entende obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar sua propagação. Note-se que a aplicação dessa regra deve ser compatibilizada com as exigências de intimidade (necessidade de sigilo das informações pessoais) e também de proteção de dados, rumo a uma anonimização necessária, tendo em vista a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados, que está em *vacatio legis*. Trata-se de obrigação que se estende às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

3. GRIPEZINHA E “E DAÍ?”: EXPLOSÕES DE MORTES E CRISE POLÍTICA EM MEIO À PANDEMIA

De acordo com a lei e com o sistema constitucional de repartição de competências, que prevê competências legislativas concorrentes em matéria de saúde, tal qual previsto no Artigo 24, XII, além das competências comuns do Artigo 23, II³, deveria ter ocorrido uma concertação interfederativa, orquestrada pela União, para orientar os governos regionais e locais. Ainda que não houvesse tempo para edição de leis, dada situação de urgência, qualquer edição de medida provisória, cuja urgência não se questiona, deveria se focar em intensificar medidas para evitar o rápido contágio, para que a curva de ascensão de contaminação não colapsasse o sistema de saúde e, portanto, não houvesse mortes por falta de leitos e respiradores.

³ Dentro da sistemática complexa da nossa Constituição, em que convivem competências privativas (ou enumeradas), repartidas horizontalmente, com competências comuns e concorrentes, repartidas verticalmente. Cfr. Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 74.

No entanto, a expectativa de alinhamento da ordem jurídica e constitucional com a gestão foi uma utopia, que, portanto, não ocorreu. O que ocorreu foi que, quando da declaração da pandemia, o governo federal não quis sequer se reunir com os líderes das nações sul-americanas, para traçar estratégias comuns, devido à proximidade física com tais países. Ainda, para piorar a situação, o Chefe do Executivo exonerou o Ministro da Saúde⁴ em meio à ascensão do contágio da pandemia no Brasil, por achar que ele estava exagerando e que não estava articulado com a Presidência, tendo havido inclusive conflito de visões com os governos estaduais e inúmeros governos municipais.

Houve, inclusive, o ajuizamento de ação (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com pedido de liminar, contra as ações da Presidência da República que contrariavam as orientações técnicas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde.

Percebe-se, pois, que o governo federal não apenas agiu diferentemente das recomendações da OMS, mas ainda tentou agir contra determinações dos demais entes da federação que seguiam as orientações internacionais, procurando puxar para si a competência total e, ainda, invalidar as medidas mais eficazes de outros entes federativos. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecer os decretos locais e regionais foi importante para manter as medidas de quarentena e isolamento que evitaram com que o Covid-19 se espalhasse ainda mais em território nacional, pois poderia ter sido ainda pior.

Por fim, a população brasileira ainda ficou surpresa quando, numa entrevista recente, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, ao ser indagado sobre o fato de o Brasil ter alcançado o número de 5.017 mortes, deu como resposta: “e daí, lamento. Quer que eu faça o quê?”⁵, com indiferença à situação, desconsiderando seu papel de liderança para capitanear o processo de combate à proliferação do Covid-19, sendo que, ainda no início da pandemia, declarou que o vírus seria apenas uma “gripezinha” ou um “resfriadinho”, sendo dito por ele que: “[...] no meu caso particular, pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar. Eu nada sentiria ou seria acometido, quando muito, de uma gripezinha ou resfriadinho”⁶. Assim, esperamos que haja um alinhamento estratégico de todos os entes, devido a gravidade da situação de proliferação da pandemia no Brasil, sendo para tanto necessário que o governo federal seja mais atuante ao veicular suas competências.

⁴ Para que se registre a gravidade da situação: expressou Gilmar Mendes, ao ensejo dos debates sobre a ação proposta pelo PDT, que o Presidente até poderia exonerar o Ministro da Saúde, tendo discricionariedade para tanto, mas ele não tem discricionariedade para, eventualmente, exercer uma política pública de caráter genocida.

⁵ E daí? Lamento, quer que eu faça o quê? Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-recorde-de-mortos-por-coronavirus.shtml>. Acesso em 30 abr. 2020.

⁶ “Gripezinha ou resfriadinho” e outras 7 frases controversas de líderes mundiais sobre o coronavírus. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52205918>. Acesso em 30 abr. 2020.

4. CONCLUSÕES

Mesmo antes de a pandemia ter os impactos letais em território nacional, o Brasil já havia editado, em fevereiro de 2020, a Lei Nº 13.979, que previu medidas de enfrentamento da saúde pública para proteção da sociedade na disseminação do seu contágio. As medidas foram sendo veiculadas, no entanto, de forma desordenada, até com visões desarticuladas do que seria necessário para conter a pandemia.

Observa-se que o Brasil se transformou, lamentavelmente, num contraexemplo, dado que o isolamento e a quarentena não foram capazes de efetivamente conter o avanço da doença, sendo atualmente um dos dez piores quadros em velocidade de contágio. Ademais, além de o Chefe do Executivo ter menosprezado os danos do Covid-19, também protagonizou uma crise política em meio à pandemia, sendo de se ressaltar que exonerou o Ministro da Saúde no meio da crise aguda de contágio.

A questão de competência, conforme exposto, foi resolvida no Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema legitimou as medidas adotadas por estados e municípios no tocante à saúde pública. Contudo, o combate à pandemia no Brasil é atualmente complexo, sobretudo pelos governos não entrarem em acordo sobre a conveniência de se articular as medidas, tendo em vista que os governos locais e regionais estão mais preocupados em determinar quarentena, ao passo que o governo federal foca, em plena crise e aumento exponencial da curva de contaminados, em medidas de retomada das atividades econômicas.

A esperança que resta para os brasileiros que estão preocupados com essa situação, é que haja futuramente uma conscientização de que quanto mais rápido e eficaz se mostrasse o isolamento e a colaboração entre governos, mais rápida poderia ser a retomada das atividades econômicas, mas não dá para colocar as atividades econômicas e seu funcionamento regular acima da saúde pública, que é condição *sine qua non*.

Também importante notar que, apesar das omissões do governo federal, inúmeros governos estaduais e municipais tomaram medidas intensivas, logo no início da pandemia, sendo que, em São Paulo, por exemplo, apesar do rápido contágio, justamente por ser um entrocamento de voos (Guarulhos, nas proximidades, é um *hub* internacional de voos na América do Sul), tanto o governador do Estado, como o Prefeito, agiram de forma articulada.

Ademais, atualmente, o Laboratório de Imunologia do Incor (Instituto do Coração), pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, por meio de seu diretor, Jorge Calil, apoiado pela FAPESP (agência de pesquisa do Estado de São Paulo), desenvolve pesquisa anti-Covid-19, baseada o uso de VLPs (*Virus Like Particles*), reconhecidas pelas células do sistema imune. Espera-se que, na segurança do prazo necessário, tais ações possam ser relevantes para o combate à pandemia e sua disseminação tanto em território nacional, como internacional.

Assim, infelizmente poderemos ter ainda mais surpresas negativas dessa desarticulação entre governo federal e governos estaduais e locais, mas esperamos que ao menos remanesça algumas “lições da pandemia” em relação ao papel de prevenção e da necessidade de ações rápidas e eficazes por parte dos governos, que devem agir de forma solidária e articulada, principalmente numa situação emergencial como essa.

REFERÊNCIAS

- Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- E daí? Lamento, quer que eu faça o que? Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-recorde-de-mortos-por-coronavirus.shtml>. Acesso em 30 abr. 2020.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- “Gripezinha ou refriadinho” e outras 7 frases controversas de líderes mundiais sobre o coronavírus. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52205918>. Acesso em 30 abr. 2020.

THE EXERCISE OF EMERGENCY POWERS IN THE UNITED STATES

CAMERON ASHOURIPOUR*

INTRODUCTION

True democracy strives to move away from unilateral decision making. Legal procedures are set in place to avoid bad decision making, to ensure decision makers do not engage in interested transactions or corruption, to maintain fairness and to generally provide checks and balances that lead to decisions that reflect the will of the electorate. However, when faced with emergency situations, these traditional procedures fade away to allow governments to dynamically respond. The United States is no stranger to the usage and invocation of emergency powers. While local, state, and federal emergency powers have garnered significant media attention during the Covid-19 outbreak period, the repercussions, interplay and actual machinery behind the usage of these powers are subjects often taken for granted even among the U.S. citizenry.

FEDERAL EMERGENCY POWERS

The last two decades have shown a marked expansion of the U.S. President's use of executive powers¹. Upon declaring a national emergency, at least 123 statutory powers become available to the United States President, and he may exercise them without

* Cameron Ashouripour is an Associate in the Washington D.C. office. He specializes in United States domestic and international corporate, securities and tax law. Since joining Amsterdam and Partners LLP, Cameron has been involved in cases involving complex multi-jurisdictional issues. Cameron earned his Juris Doctor Degree from The Georgetown University Law Center and a B.S. in Business from The Ohio State University.

¹ <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/06/the-strangest-thing-about-trumps-approach-to-presidential-power/562271/>.

Congressional input². These powers cover virtually every subject area, from military activity, public health, trade, federal pay schedules, agriculture, transportation, communications, and criminal law³. The ability of the President to declare a national emergency in order to activate some of these powers is plenary. Both the Executive and the Congress have the authority and the ability to declare states of emergency, however, only the Executive can unilaterally do so. Under the National Emergencies Act⁴ (“NEA”) the President may activate emergency provisions of law via an emergency declaration so long as 1) the President specifies the provisions so activated, and 2) the President notifies Congress.

Currently, there are 34 active federal national emergencies in the United States as invoked by the various Presidents dating back to Executive Order 12170 whereby President Jimmy Carter declared a national emergency in respect to the Iranian Hostage Crisis⁵. The majority of these emergencies have been invoked to allow the President to levy sanctions through The International Emergency Economic Powers Act⁶ (“IEEPA”). However, on 15 February 2019 President Trump issued Proclamation 9844⁷ *Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States* (“Proclamation 9844”) which sought to divert \$8 billion of funds allocated to other programs to build a southern border wall. Proclamation 9844 was the first invocation of a state of emergency relating to the military since Proclamation 7463⁸, the Proclamation issued by President Bush in response to the attacks of September 11, 2001. Proclamation 9844 also marked the first instance since the passage of the NEA in which the President sought to take funds for which Congress previously denied appropriation, and the first time both houses of Congress passed a resolution declaring the emergency terminated, sending it to the President for his signature⁹.

Similarly, criticism has been proffered against the use of emergency powers to levy sanctions against foreign states and their citizens. Seen by some as *War by Another Name*¹⁰, economic sanctions have been viewed by some to be a declaration of war veiled in a guise of national emergency; a problematic proposition given that under the NEA and IEEPA the executive can unilaterally declare and wage these wars. Despite these criticisms, Proclamation 9844 and the several proclamations regarding sanctions still stand as valid ongoing national emergencies. The Supreme Court in “INS v. Chadha”¹¹ ensured that the

² “A Guide to Emergency Powers and Their Use”. Brennan Center for Justice at New York University School of Law.

³ *Id.*

⁴ L. N° 94-412, 90 Stat. 1255, enacted September 14, 1976, codified at 50 U.S.C. § 1601-1651.

⁵ “Executive Order No. 12170”.

⁶ Title II of Pub.L. 95-223, 91 Stat. 1626, enacted October 28, 1977.

⁷ 84 FR 4949.

⁸ Bush, George W. (September 14, 2001). “Proclamation 7463 – Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks”.

⁹ “The Senate voted to block Trump’s national emergency declaration. Now what?”. *The Washington Post*.

¹⁰ <https://www.commondreams.org/views/2019/08/25/economic-sanctions-war-another-name>.

¹¹ “Immigration and Naturalization Service v. Chadha”, 462 U.S. 919 (1983).

President's prerogative under Article II of the U.S. Constitution was not impinged by what was deemed to be an unconstitutional legislative veto¹². This decision left only three valid ways in order to terminate a national emergency: 1) The President does not reinstate the national emergency annually; 2) The President withdraws the national emergency or; 3) a joint resolution requiring a two-thirds majority of both Congressional houses and the Presidential signature is consummated¹³. In essence, it is left to the President to decide when a national emergency will be suspended.

While Proclamation 9844 and proclamations relating to sanctions have been and remain to be controversial as alternative methods for the Executive to enact foreign policy, the most recent declared U.S. national emergency has been less controversial. On 13 March 2020 President Trump issued Proclamation 9994 *Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (Covid-19) Outbreak*¹⁴ ("Proclamation 9994"). Proclamation 9994 was the first declared public health national emergency since President Obama enacted Proclamation 8443, the *Declaration of a National Emergency with Respect to the 2009 H1N1 Influenza Pandemic*¹⁵ which was enacted in response to the outbreak of swine flu. Proclamation 9994, among other things, aims to give U.S. states and territories access to up to \$50 billion in federal funds to fight the coronavirus pandemic, waives laws to enable tele-health and grants the power to waive federal licensing requirements so that doctors can practice across state lines.

STATE EMERGENCY POWERS

The convoluted nature of multiple overlapping jurisdictional bodies declaring national, state and local emergencies leaves questions as to the functioning of these several entities, specifically with respect to inefficiency and duplication of efforts. While the federal government's emergency power emanates from those which are enumerated under the constitution and federal law, (predominantly derived from the Commerce Clause which enables the Congress to regulate foreign and interstate commerce) state governments maintain broader powers than the federal government absent federal preemption. Under the U.S. Constitutional framework, police powers (powers relating the health, safety and wellbeing of its citizens) rest with the various states. Thus, a state is free to act and legislate accordingly in the event of an emergency so long as the measures taken involve the health, safety and welfare of its citizenry.

¹² "National Emergency Powers". Congressional Research Service. August 30, 2007.

¹³ "How congressional Democrats could fight a Trump wall national emergency declaration". USA Today. Mclean, Virginia, Gannett Company.

¹⁴ "Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (Covid-19) Outbreak". The White House. March 13, 2020.

¹⁵ "Declaration of a National Emergency with Respect to the 2009 H1N1 Influenza Pandemic". Federal Register. October 23, 2009.

In most states, the governor plays a role akin to the Executive in the federal context. Like the federal government, state governments have enacted laws that establish the circumstances that constitute an emergency, describe the process for issuing a declaration, and list certain emergency powers the governor may use to mitigate the threat¹⁶. Out of the 50 states, 35 explicitly permit governors to suspend or amend both statutes and regulations during emergencies; 7 states permit their governors to amend regulations during an emergency, but they are not explicitly authorized to modify or remove statutes; and 8 states and the District of Columbia provide no explicit authority to their governors to change statutes or regulations during a declared emergency¹⁷. To activate these extraordinary powers, governors must issue an emergency declaration, often through the issuance of an executive order or proclamation, that describes the threat, identifies which powers the governor will exercise, and specifies the manner in which these powers will be used¹⁸. While some of these powers are specific to matters such as ordering evacuation or activating the national guard, some states have given governors the broad authority to remove all legal barriers to an effective response during a declared emergency¹⁹. Governors have used this power to change laws during an emergency for a variety of purposes, including removing time requirements to solicit bids when procuring resources, relaxing hospital licensure rules to create alternative treatment areas, and expanding healthcare providers' scopes of practice to allow paramedics to provide vaccinations²⁰.

While the federal government can assist by providing funding, dictating certain foreign interactions and removing regulations that effect interstate issues, national initiatives require state and local participation and facilitation. For example, the Flu on Call initiative, which sought to nationally provide health assistance services in partnership with the Center for Disease Control encountered barriers in actual practical administration. It became apparent, despite the availability and willingness of national initiatives to provide relief during national emergencies, without state and local cooperation, it was impossible to administer this relief to the citizenry. Thus, states which had incorporated laws that gave governors the discretion to modify existing laws or create new laws to effectively respond to any type of declared emergency, including gubernatorial authority to modify scope of practice statutes or regulations reaped more benefit under the Flu on Call program and federal aid in general²¹.

¹⁶ Hodge, J. G.; Anderson, E. D., *Principles and practice of legal triage during public health emergencies*. New York University, Annual Survey of American Law 2008; 64:263-269.

¹⁷ <https://www.nga.org/wp-content/uploads/2019/06/An-Assessment-of-State-Laws-Providing-Gubernatorial-Authority-to-Remove-Legal-Barriers-to-Emergency-Response.pdf>.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Orenstein, D. G., *When law is not law: setting aside legal provisions during declared emergencies*, J Law Med Ethics 2013; 41 (Suppl 1): 73-76.

²⁰ *Id.*

²¹ US Department of Health and Human Services. Pandemic Influenza Plan. 2017, <https://www.cdc.gov/flu/pandemicresources/pdf/pan-flu-report-2017v2.pdf>.

States who have enabled the Governors have demonstrated the dynamic ability to dissipate legal barriers in order to provide necessary relief. For example, in August 2017, Texas Governor Greg Abbott used his emergency suspension powers broadly to respond to then Tropical Depression Harvey²². In activating this power, Governor Abbott limited the otherwise broad suspension to “any regulatory statute prescribing the procedures for conduct of state business or any order or rule of a state agency that would in any way prevent, hinder or delay necessary action in coping with this disaster upon written approval of the Office of the Governor”²³. Recognizing, however, that obtaining written approval might be time-consuming in certain instances, the emergency declaration included the caveat that “to the extent that the enforcement of any state statute or administrative rule regarding contracting or procurement would impede any state agency’s emergency response that is necessary to protect life or property [...] I hereby authorize the suspension of such statutes and rules for the duration of this declared disaster”²⁴.

These emergency powers have also proven quite effective in the response to the current and past pandemics. In New York, another state that provides their Governor plenary discretion to suspend and amend statutes and regulations, New York Governor Andrew Cuomo declared a state of emergency on 7 March 2020 which suspended a host of regulations in favor of allowing health care professionals the ability to act without legal barriers as well as permitting New York government officials to suspend traditional procedures for procuring necessary equipment and supplies to help respond to the Covid-19 outbreak²⁵. Governor Cuomo has not been a stranger to pandemic based states of emergency. In 2018 during the seasonal influenza epidemic, Governor Cuomo declared a state of emergency whereby the governor suspended state statutes and regulations, which normally prohibit pharmacists from vaccinating children, to allow pharmacists already authorized to administer seasonal flu vaccines to adults to also vaccinate “individuals between six months and 18 years of age”²⁶.

Thus, both the Texas and New York governors’ actions have demonstrated that state empowerment to both suspend and amend statutes and regulations within one proclamation to dynamically and comprehensively remove legal barriers in favor of allowing the arms of the state government to provide swift aid was immensely favorable to respond to emergency situations. Lacking explicit authority for the governor to broadly change statutes or regulations during a declared emergency can seriously hinder the ability to respond to emergency situation, and furthermore can act as a further barrier to receiving aid from the federal government and other states.

²² Gov. Greg Abbott. A Proclamation Declaring a State of Disaster. August 23, 2017, https://gov.texas.gov/uploads/files/press/Governor_Abbott_Declares_State_of_Disaster_For_30_Texas_Counties.pdf.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ NY Executive Order 202, <https://www.governor.ny.gov/news/no-202-declaring-disaster-emergency-state-new-york>.

²⁶ Gov. Andrew Cuomo. N.Y. Exec Or. 176. January 25, 2018, https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/EO_176.pdf.

US EMERGENCY RESPONSE TO COVID-19

As of 4 May 2020, 1,158,041 cases of coronavirus have been confirmed in the United States and 67,682 lives have been lost as a result²⁷. Since President Trump has declared a public health emergency in January, virtually every federal agency has been involved in the U.S. response to the outbreak. While the federal government leads the response in the United States, governors in all 50 states have issued emergency declarations. Ultimately, it is the state and local health departments which directly address the outbreak. As such, all 50 states have activated components of their Army and Air National Guard, leading to as many as 44,500 troops being activated across the United States to assist efforts to respond to, mitigate and control the Covid-19 pandemic²⁸.

The National Guard serves as a good example of the confluence of state and federal emergency powers and authority. The National Guard in itself serves both a state and federal role. Governors retain the authority to activate the national guard to respond to domestic emergencies. The President also holds the authority to call up the National Guard to support war efforts and national emergencies. Although traditionally, if a state calls upon the National Guard, the responsibility to pay rests with the state, under Title 10 or under a Title 32 designation states may call upon the National Guard under a federalized status. As of 9 April 2020, 38 states have received Title 32 designation from the President to utilize the National Guard in their states in response to the Covid-19 pandemic²⁹. Under this federalized status, the troops still report to the governors of the respective states, but the federal government pays the cost³⁰.

Additional funding is being provisioned by both the federal and state governments weekly in order to keep up with the demand of the coronavirus pandemic. The ability for both the federal and state governments to suspend and amend procedures and laws to dynamically respond to the national emergency has been invaluable to curtail loss of life and even more devastating economic downturn.

IMPLICATIONS FROM THE USAGE OF EMERGENCY POWERS

It is unsurprising that the largest implication from the usage of emergency powers is financial restoration. On 27 March 2020 the federal government passed the \$2 trillion coronavirus economic stimulus bill known as the CARES Act³¹. Along with providing the states and local governments \$150 billion, the CARES Act appropriated \$500 billion to provide large corporations relief, \$350 in small business relief, \$250 billion for unemployment, and abatement of several loan payments and taxes along with several other apportionments³².

²⁷ <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

²⁸ <https://www.ncsl.org/research/health/state-action-on-coronavirus-covid-19.aspx>.

²⁹ <https://www.ncsl.org/research/military-and-veterans-affairs/national-guard-activation-in-every-state-assisting-response-to-the-covid-19-pandemic.aspx>.

³⁰ *Íd.*

³¹ H.R. 748 - CARES Act.

³² *Íd.*

However, with 22 million newly unemployed Americans and an economy in disarray, the long-term implications of giving short term relief will be problematic, if not catastrophic for the United States. Firstly, in respect of the states, each state is required to balance their budget annually to ensure that they are self-sufficient in supporting their state programs, receipt of funds from the federal government and tax revenues. It is projected that state budget shortfalls could exceed \$500 billion for the year of 2020³³. For perspective, after the Great Recession, states experienced \$283 billion in lost revenue³⁴. Almost all states are constitutionally required to have annual balanced budgets. The federal government has similar constraints, revenues, which come in the form of tax dollars must be balanced with expenditures, but with an abatement in tax requirements as well as an increase of emergency spending, state and federal governments will need to come up with solutions to balance the deficit. Ultimately, the federal government holds the key to the solution. The federal government, unlike the states, can always print more money or issue new cash, a literal revenue stream. The federal government can also issue new rounds of aid and stimulus to the states in order to support them in augmenting revenues.

Practically speaking, however, the effects of taking these steps can seriously impact the valuation of the U.S. dollar and the United States economy as a whole. In fact, this exact issue has been the hot button topic of debate in recent rounds of stimulus discussions in the Congress. Senator Mitch McConnell has advocated that the federal government refrain from providing additional aid to state governments and require the states to attempt to make up the deficit later in the year by increasing taxes and lowering expenditures or else declaring bankruptcy³⁵. In either case, an impending fiscal calamity seems to be the most likely outcome.

While few would argue that the invocation of emergency powers during this pandemic has not been necessary, there have been reported incidents of mismanagement of funds and erroneous contract awards during this period. The Covid pandemic also sheds light onto other historical and ever-increasing usages of emergency powers in the context of advancing personal policy agendas. It is therefore necessary for the American citizenry and the government to differentiate true national emergency from ones ostensibly stretched to accommodate unpassable legislation, because ultimately, it is the American tax payer who will suffer from its misuse. President Trump perhaps said it best when speaking on the seriousness of the invocation of a national emergency, they are “two very big words”³⁶.

³³ <https://www.cbpp.org/research/state-budget-and-tax/states-need-significantly-more-fiscal-relief-to-slow-the-emerging-deep>.

³⁴ <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/issue-briefs/2019/06/lost-decade-casts-a-post-recession-shadow-on-state-finances>.

³⁵ <https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/4/22/21228229/coronavirus-bailout-money-state-austerity-budget-shortfall>.

³⁶ <https://www.msnbc.com/msnbc/watch/-two-very-big-words-trump-officially-declares-coronavirus-national-emergency-80632389765>.

EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES EN LOS ESTADOS UNIDOS

CAMERON ASHOURIPOUR

INTRODUCCIÓN

La verdadera democracia se esfuerza por alejarse de la toma unilateral de decisiones. Se establecen procedimientos legales para evitar la toma de decisiones equivocadas, para garantizar que los encargados de adoptar decisiones no participen en transacciones interesadas ni en corrupción, para mantener la equidad y, generalmente, para proporcionar controles y equilibrios que conduzcan a decisiones que reflejen la voluntad del electorado. Sin embargo, frente a situaciones de emergencia, estos procedimientos tradicionales se atenúan para permitir que los gobiernos respondan de manera dinámica. Estados Unidos no es un país ajeno al uso y la invocación de las facultades excepcionales. Si bien las facultades excepcionales locales, estatales y federales han atraído una gran atención de los medios durante el período del brote de COVID-19, las repercusiones, la interacción y el mecanismo real detrás del uso de estas facultades son temas que a menudo se dan por sentados, incluso entre los ciudadanos estadounidenses.

FACULTADES EXCEPCIONALES FEDERALES

Las últimas dos décadas han demostrado una notable expansión del uso que hace el Presidente de los Estados Unidos de los Poderes Ejecutivos¹. Al declarar la emergencia nacional, al menos 123 facultades legales están disponibles para el Presidente de los Estados

¹ Graham, David A., “The Strangest Thing About Trump’s Approach to Presidential Power”, The Atlantic, Atlantic Media Company, 7 de junio de 2018, www.theatlantic.com/politics/archive/2018/06/the-strangest-thing-about-trumps-approach-to-presidential-power/562271/.

Unidos, que puede ejercerlas sin considerar la opinión del Congreso². Estas facultades cubren prácticamente todos los ámbitos, desde la actividad militar, la salud pública, el comercio, los calendarios de pago federal, la agricultura, el transporte, las comunicaciones y el derecho penal³. La capacidad del Presidente de declarar una emergencia nacional para activar algunas de estas facultades es plenaria. Tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso tienen la autoridad y la capacidad de declarar estados de emergencia; sin embargo, solo el Ejecutivo puede hacerlo de manera unilateral. En virtud de la Ley de Emergencias Nacionales⁴ (*National Emergencies Act*, NEA), el Presidente puede activar las disposiciones de la ley de emergencia mediante una declaración de emergencia siempre que 1) el presidente especifique las disposiciones activadas de este modo y 2) el presidente notifique al Congreso.

Actualmente, hay 34 emergencias nacionales federales activas en los Estados Unidos invocadas por los diversos presidentes que se remontan a la Orden Ejecutiva 12170, por la cual el presidente Jimmy Carter declaró la emergencia nacional con respecto a la crisis de rehenes iraníes⁵. La mayoría de estas emergencias se han invocado para permitir que el Presidente imponga sanciones a través de la Ley de Facultades Económicas en Casos de Emergencia Internacional⁶ (*International Emergency Economic Powers Act*, IEEPA). Sin embargo, el 15 de febrero de 2019, el presidente Trump emitió la Proclama 9844⁷, *Declaración de emergencia nacional sobre la frontera sur de los Estados Unidos* (“Proclama 9844”), con el fin de desviar 8 mil millones de dólares de fondos asignados a otros programas para construir un muro en la frontera del sur. La Proclama 9844 fue la primera invocación de un estado de emergencia relacionado con las fuerzas armadas desde la Proclama 7463⁸, emitida por el presidente Bush en respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001. La Proclama 9844 también fue el primer ejemplo desde la aprobación de la NEA, donde el Presidente intentó tomar fondos para los cuales el Congreso había negado previamente la consignación, y la primera vez que ambas cámaras del Congreso aprobaron una resolución que declaraba el fin de la emergencia y se la enviaron al Presidente para que la firmara⁹.

² “A Guide to Emergency Powers and Their Use”, Centro Brennan para la Justicia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

³ Ídem.

⁴ Ley N° 94-412, Estat. 90 1255, promulgado el 14 de septiembre de 1976, codificado en el título 50 del USC, sección 1601-1651.

⁵ Orden Ejecutiva N° 12170.

⁶ Título II de la Ley Pública N° 95-223, Estat. 91 1626, promulgada el 28 de octubre de 1977.

⁷ Registro Federal 84, 4949.

⁸ Bush, George W. (14 de septiembre de 2001), “Proclamation 7463 - Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks”.

⁹ “The Senate voted to block Trump’s national emergency declaration. Now what?”, *The Washington Post*.

Del mismo modo, se ha criticado el uso de las facultades excepcionales para imponer sanciones contra los estados extranjeros y sus ciudadanos. Consideradas como una *guerra con otro nombre (War by Another Name)*¹⁰, algunos sostienen que las sanciones económicas son una declaración de guerra disfrazada de emergencia nacional; una afirmación problemática dado que, conforme a la NEA y la IEEPA, el Poder Ejecutivo puede declarar y librar estas guerras de manera unilateral. A pesar de estas críticas, la Proclama 9844 y las diversas proclamas relacionadas con las sanciones siguen siendo válidas como emergencias nacionales en curso. La Corte Suprema, en el caso “Servicio de Inmigración y Naturalización c/ Chadha”¹¹, se aseguró de que la prerrogativa del Presidente bajo el Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos no se viera afectada por lo que se consideraba un veto legislativo inconstitucional¹². Esta decisión dejó solo tres formas válidas para poner fin a una emergencia nacional: 1) el presidente no restablece la emergencia nacional de manera anual; 2) el presidente anula la emergencia nacional; o 3) se consuma una resolución conjunta que requiere la mayoría de dos tercios de ambas cámaras del Congreso y la firma presidencial¹³. En esencia, le corresponde al presidente decidir cuándo se suspenderá una emergencia nacional.

Si bien la Proclama 9844 y las proclamas relacionadas con las sanciones han sido y siguen siendo controvertidas como métodos alternativos para que el Poder Ejecutivo promulgue su política exterior, la declaración más reciente de emergencia nacional de los EE. UU. ha sido menos controvertida. El 13 de marzo de 2020, el presidente Trump emitió la Proclama 9994, *Declaración de emergencia nacional sobre el brote de la nueva enfermedad por coronavirus (COVID-19)*¹⁴ (“Proclama 9994”). La Proclama 9994 fue la primera emergencia nacional de salud pública declarada desde que el presidente Obama promulgó la Proclama 8443, la *Declaración de emergencia nacional con respecto a la pandemia de influenza H1N1 2009*¹⁵, promulgada en respuesta al brote de gripe porcina. La Proclama 9994, entre otras cosas, tiene como objetivo dar a los estados y territorios de los EE. UU. acceso a hasta 50 mil millones de dólares de fondos federales para combatir la pandemia de coronavirus, prescinde de leyes para permitir la telemedicina y otorga el poder de prescindir de los requisitos de licencia federal para que los médicos puedan practicar en otros estados.

¹⁰ Hynes, H. Patricia, “Economic Sanctions: War by Another Name”, Common Dreams, 25 de agosto de 2019, www.commondreams.org/views/2019/08/25/economic-sanctions-war-another-name.

¹¹ “Servicio de Inmigración y Naturalización c/ Chadha”, U.S. 462 919 (1983).

¹² “National Emergency Powers”, Servicio de Investigación del Congreso, 30 de agosto de 2007.

¹³ “How congressional Democrats could fight a Trump wall national emergency declaration”, USA Today, Mclean, Virginia: Gannett Company.

¹⁴ “Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak”, La Casa Blanca, 13 de marzo de 2020.

¹⁵ “Declaration of a National Emergency with Respect to the 2009 H1N1 Influenza Pandemic”, Registro Federal, 23 de octubre de 2009.

FACULTADES EXCEPCIONALES ESTATALES

La naturaleza intrincada de la superposición de los numerosos organismos jurisdiccionales que declaran emergencias locales, estatales y nacionales deja dudas sobre el funcionamiento de estas diversas entidades, específicamente con respecto a la ineficiencia y la duplicación de los esfuerzos. Si bien las facultades excepcionales del gobierno federal surgen de aquellas enumeradas en la constitución y la legislación federal (principalmente derivadas de la Cláusula de Comercio que permite al Congreso regular el comercio exterior e interestatal), los gobiernos estatales mantienen facultades más amplias que el gobierno federal en ausencia de la preferencia federal. Según el marco constitucional de los EE. UU., los poderes policiales (poderes relacionados con la salud, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos) recaen en los distintos estados. Por lo tanto, un estado es libre de actuar y legislar en consecuencia en caso de emergencia, siempre que las medidas tomadas involucren la salud, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos.

En la mayoría de los estados, el gobernador desempeña un papel semejante al del Ejecutivo en el contexto federal. Al igual que el gobierno federal, los gobiernos estatales han promulgado leyes que establecen las circunstancias que constituyen una emergencia, describen el proceso para emitir una declaración y enumeran ciertas facultades excepcionales que el gobernador puede usar para mitigar la amenaza¹⁶. De los 50 estados, 35 permiten explícitamente que los gobernadores suspendan o modifiquen las leyes y los reglamentos durante las emergencias, 7 estados permiten a sus gobernadores enmendar los reglamentos durante una emergencia, pero no están explícitamente autorizados para modificar o eliminar las leyes, y 8 estados y el Distrito de Columbia no otorgan autoridad explícita a sus gobernadores para cambiar las leyes ni los reglamentos durante una emergencia declarada¹⁷. Para activar estas facultades excepcionales, los gobernadores deben emitir una declaración de emergencia, a menudo a través de la emisión de una orden ejecutiva o proclama que describa la amenaza, identifique qué poderes ejercerá el gobernador y especifique la forma en que se usarán estos poderes¹⁸. Si bien algunos de estos poderes son específicos para cuestiones como dar órdenes de evacuación o activar la guardia nacional, algunos estados han otorgado a los gobernadores una amplia autoridad para eliminar todas las barreras legales para lograr una respuesta efectiva durante una emergencia declarada¹⁹. Los gobernadores han usado este poder para modificar las leyes durante una emergencia para una variedad de propósitos, incluida la eliminación de los plazos previstos para solicitar licitaciones en la obtención de recursos, la flexibilidad de las normas de licencia de hospitales para crear áreas de tratamiento alternativas y la ampliación del alcance de la práctica de los proveedores de atención médica para permitir que los paramédicos puedan proporcionar vacunas²⁰.

¹⁶ Hodge J. G., Anderson E. D., *Principles and practice of legal triage during public health emergencies*, Universidad de Nueva York, Annual Survey of American Law 2008; 64:263-269.

¹⁷ Sunshine, Gregory, *et al.*, "An Assessment of State Laws Providing Gubernatorial Authority to Remove Legal Barriers to Emergency Response", *Health Security*, vol. 17, n.º 2, 2019, pp. 156-161., doi:10.1089/hs.2018.0126.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Orenstein, D. G., "When law is not law: setting aside legal provisions during declared emergencies", *J. Law Med. Ethics* 2013; 41(Supl. 1): 73-76.

²⁰ Ídem.

Si bien el gobierno federal puede ayudar proporcionando fondos, dictando ciertas interacciones internacionales y eliminando los reglamentos que afectan los asuntos interestatales, las iniciativas nacionales requieren la participación y la facilitación locales y estatales. Por ejemplo, el programa “Flu on Call”, que buscaba proporcionar servicios de asistencia médica a nivel nacional en asociación con los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades (*Center for Disease Control, CDC*), debió hacer frente a barreras en la administración práctica real. A pesar de la disponibilidad y la disposición de las iniciativas nacionales para proporcionar ayuda durante las emergencias nacionales, se hizo evidente que era imposible administrar esta ayuda a los ciudadanos sin la colaboración local y estatal. Por lo tanto, los estados que habían incorporado las leyes que otorgaban a los gobernadores la facultad de modificar las leyes existentes o crear nuevas leyes para responder efectivamente a cualquier tipo de emergencia declarada, incluida la autoridad del gobernador para modificar las leyes o los reglamentos sobre el alcance de la práctica, obtuvieron más beneficios bajo el programa “Flu on Call” y la ayuda federal en general²¹.

Los estados que han autorizado a los gobernadores han demostrado una capacidad dinámica de disipar las barreras legales para proporcionar la ayuda necesaria. Por ejemplo, en agosto de 2017, el gobernador de Texas, Greg Abbott, usó sus facultades excepcionales de suspensión en gran medida para responder al huracán Harvey²². Al activar esta facultad, el gobernador Abbott limitó la suspensión, que de otra manera sería más amplia, de “todos los decretos reglamentarios que prescriban los procedimientos de la actividad comercial estatal y todas las órdenes o normas de un organismo estatal que de alguna manera evitarían, obstaculizarían o retrasarían las acciones necesarias para hacer frente a esta catástrofe con la aprobación por escrito de la Oficina del Gobernador”²³. Sin embargo, al reconocer que obtener la aprobación por escrito puede llevar mucho tiempo en ciertos casos, la declaración de emergencia incluyó la advertencia de que “en la medida en que la aplicación de cualquier ley estatal o norma administrativa con respecto a la contratación o adquisición obstaculice la respuesta de emergencia de cualquier organismo estatal que es necesaria para proteger la vida o la propiedad [...] por la presente autorizo la suspensión de tales leyes y normas por la duración de esta catástrofe declarada”²⁴.

Estas facultades excepcionales también han demostrado ser bastante efectivas en la respuesta a las pandemias actuales y pasadas. En Nueva York, otro estado que proporciona a su gobernador la facultad plenaria para suspender y modificar las leyes y los reglamentos, el gobernador Andrew Cuomo declaró el estado de emergencia el 7 de marzo de 2020, que suspendió una serie de reglamentos a favor de permitir a los profesionales de la salud la capacidad de actuar sin barreras legales, además de permitir que los funcionarios del

²¹ Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, Plan contra la influenza pandémica, 2017, <https://www.cdc.gov/flu/pandemicresources/pdf/pan-flu-report-2017v2.pdf>.

²² Gob. Greg Abbott, “Una proclama que declara el estado de catástrofe”, 23 de agosto de 2017. https://gov.texas.gov/uploads/files/press/Governor_Abbott_Declares_State_of_Disaster_For_30_Texas_Counties.pdf.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

gobierno de Nueva York suspendan los procedimientos tradicionales para la adquisición de equipos y suministros necesarios para ayudar a responder al brote de COVID-19²⁵. El gobernador Cuomo no ha sido ajeno a los estados de emergencia relacionados con una pandemia. En 2018, durante la epidemia de gripe estacional, declaró un estado de emergencia por el cual suspendió las leyes y los reglamentos estatales, que normalmente prohíben a los farmacéuticos vacunar a los niños, para permitir que los farmacéuticos ya autorizados a administrar vacunas contra la gripe estacional a adultos también vacunen a “personas de entre seis meses y 18 años”²⁶.

Por lo tanto, las acciones de los gobernadores de Texas y Nueva York han demostrado que el empoderamiento estatal, tanto para suspender como para enmendar las leyes y los reglamentos dentro de una proclama para eliminar de forma dinámica e integral las barreras legales a favor de permitir que los brazos del gobierno estatal brinden ayuda rápida, resultó inmensamente favorable para responder a situaciones de emergencia. La falta de autoridad explícita para que el gobernador modifique a grandes rasgos las leyes o los reglamentos durante una emergencia declarada puede obstaculizar seriamente la capacidad de responder a una situación de emergencia y, además, puede constituir una barrera adicional para recibir ayuda del gobierno federal y de otros estados.

RESPUESTA DE EMERGENCIA DE LOS EE. UU. A LA COVID-19

Hasta el 4 de mayo de 2020, se han confirmado 1.158.041 casos de coronavirus en los Estados Unidos y, como resultado, se han perdido 67.682 vidas²⁷. Desde que el presidente Trump declaró la emergencia de salud pública en enero, prácticamente todos los organismos federales han estado involucrados en la respuesta de los EE. UU. al brote. Mientras el gobierno federal lidera la respuesta en los Estados Unidos, los gobernadores de los 50 estados han emitido declaraciones de emergencia. Fundamentalmente, los departamentos de salud locales y estatales son los que abordan directamente el brote. Por lo tanto, los 50 estados han activado componentes del Ejército y la Guardia Nacional Aérea, lo que llevó a la activación de hasta 44.500 tropas en los Estados Unidos para colaborar en los esfuerzos para responder, mitigar y controlar la pandemia de COVID-19²⁸.

La Guardia Nacional constituye un buen ejemplo de la confluencia de la autoridad y las facultades excepcionales estatales y federales; en sí misma, cumple un rol tanto estatal como federal. Los gobernadores conservan la autoridad para activar la Guardia Nacional para responder a emergencias internas. El Presidente también tiene la autoridad

²⁵ Orden Ejecutiva de Nueva York 202, <https://www.governor.ny.gov/news/no-202-declaring-disaster-emergency-state-new-york>.

²⁶ Gob. Andrew Cuomo, Nueva York, Orden Ejecutiva 176, 25 de enero de 2018, https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/EO_176.pdf.

²⁷ “COVID-19 Map”. Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, coronavirus.jhu.edu/map.html.

²⁸ Bradford, Kate, *et al.*, “State Action on Coronavirus (COVID-19)”, www.ncsl.org/research/health/state-action-on-coronavirus-covid-19.aspx.

de convocar a la Guardia Nacional para apoyar los esfuerzos de guerra y las emergencias nacionales. Aunque, tradicionalmente, si un estado recurre a la Guardia Nacional, la responsabilidad de pagar corresponde al estado; conforme al título 10 o al nombramiento del título 32, los estados pueden recurrir a la Guardia Nacional bajo un estatus federalizado. A partir del 9 de abril de 2020, 38 estados han recibido el nombramiento del título 32 del Presidente para utilizar la Guardia Nacional en los estados en respuesta a la pandemia de COVID-19²⁹. Conforme a este estatus federalizado, las tropas responden a los gobernadores de los respectivos estados, pero el gobierno federal paga los gastos³⁰.

El gobierno federal y los gobiernos estatales están proporcionando fondos adicionales de manera semanal para responder a la demanda de la pandemia de coronavirus. La capacidad del gobierno federal y de los gobiernos estatales de suspender y enmendar los procedimientos y las leyes para responder de manera dinámica a la emergencia nacional ha sido indispensable para disminuir tanto el número de víctimas fatales como la crisis económica aún más devastadora.

IMPPLICACIONES DEL USO DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES

No resulta sorprendente que la implicación principal del uso de las facultades excepcionales sea la restauración financiera. El 27 de marzo de 2020, el gobierno federal aprobó el proyecto de ley de estímulo económico de coronavirus de 2 billones de dólares conocido como la Ley CARES³¹. Además de proporcionar 150 mil millones de dólares a los gobiernos locales y estatales, la Ley CARES asignó 500 mil millones de dólares para socorrer a las grandes corporaciones, 350 mil millones de dólares como ayuda para pequeñas empresas, 250 mil millones de dólares para el desempleo y la reducción de diversos pagos de préstamos e impuestos, junto con varios otros fondos asignados³².

Sin embargo, con 22 millones de estadounidenses recientemente desempleados y una economía en desorden, las implicaciones a largo plazo de las medidas de socorro a corto plazo serán problemáticas, si no catastróficas, para los Estados Unidos. En primer lugar, con respecto a los estados, se requiere que cada uno administre su presupuesto de forma anual para garantizar que sean autosuficientes para apoyar sus programas estatales, la recepción de fondos del gobierno federal y los ingresos fiscales. Se prevé que el déficit presupuestario estatal podría superar los 500 mil millones de dólares para el año 2020³³. Para tener una perspectiva, después de la Gran Recesión, los estados sufrieron una pérdida

²⁹ <https://www.ncsl.org/research/military-and-veterans-affairs/national-guard-activation-in-every-state-assisting-response-to-the-covid-19-pandemic.aspx>.

³⁰ Ídem.

³¹ Cámara de Representantes H.R. 748: Ley CARES.

³² Ídem.

³³ “States Need Significantly More Fiscal Relief to Slow the Emerging Deep Recession”. Centro de Presupuesto y Prioridades Políticas, 17 de abril de 2020, www.cbpp.org/research/state-budget-and-tax/states-need-significantly-more-fiscal-relief-to-slow-the-emerging-deep.

de ingresos de 283 mil millones de dólares³⁴. Es un requisito constitucional para casi todos los estados tener un equilibrio presupuestario anual. El gobierno federal tiene limitaciones similares; los ingresos, que vienen en forma de impuestos, deben equilibrarse con los gastos, pero con una reducción de los requisitos fiscales y un aumento de los gastos de emergencia, los gobiernos estatales y federales deberán encontrar soluciones para equilibrar el déficit. En definitiva, el gobierno federal constituye la clave para la solución. El gobierno federal, a diferencia de los estados, siempre puede imprimir más dinero o emitir efectivo nuevo, una fuente de ingresos literal. El gobierno federal también puede emitir nuevas series de ayuda y estímulo para los estados para ayudarlos a aumentar los ingresos.

Sin embargo, en términos prácticos, los efectos de tomar estas medidas pueden afectar seriamente la valoración del dólar estadounidense y la economía de los Estados Unidos en su totalidad. De hecho, esta cuestión en particular ha sido el tema candente del debate en las recientes rondas de deliberaciones de estímulo en el Congreso. El senador Mitch McConnell ha defendido la postura de que el gobierno federal se abstenga de proporcionar ayuda adicional a los gobiernos estatales y requiera que los estados intenten compensar el déficit más adelante en el año mediante el aumento de los impuestos y la reducción de los gastos o, de lo contrario, se declaren en bancarrota³⁵. En cualquier caso, el resultado más probable parece ser una catástrofe económica inminente.

Si bien algunos sostienen que la invocación de las facultades excepcionales durante esta pandemia no ha sido necesaria, se han denunciado incidentes de mala administración de fondos y adjudicaciones de contratos erróneas durante este período. La pandemia de COVID también pone de relieve otros usos históricos y cada vez mayores de las facultades excepcionales en el contexto de promover los intereses políticos personales. Por lo tanto, es necesario que los ciudadanos estadounidenses y el gobierno diferencien las verdaderas emergencias nacionales de aquellas claramente forzadas para dar lugar a leyes inaceptables, porque, en definitiva, es el contribuyente estadounidense quien sufrirá este uso inadecuado. El presidente Trump quizás lo expresó mejor cuando habló sobre la importancia de la invocación de una emergencia nacional: son “dos palabras muy importantes”³⁶.

³⁴ “‘Lost Decade’ Casts a Post-Recession Shadow on State Finances”, The Pew Charitable Trusts, www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/issue-briefs/2019/06/lost-decade-casts-a-post-recession-shadow-on-state-finances.

³⁵ Matthews, Dylan, “The Case for a Massive Federal Aid Package for States and Cities”, Vox, 22 de abril de 2020, www.vox.com/policy-and-politics/2020/4/22/21228229/coronavirus-bailout-money-state-austerity-budget-shortfall.

³⁶ “‘Two Very Big Words’: Trump Officially Declares Coronavirus National Emergency”, MSNBC, NBCUniversal News Group, 13 de marzo de 2020, www.msnbc.com/watch/-two-very-big-words-trump-officially-declares-coronavirus-national-emergency-80632389765.

LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LA GESTIÓN DEL CORONAVIRUS: ¿HACIA UN MULTILATERALISMO VINCULANTE?

VALENTINA BIANCO HORMAECHEA*

ABSTRACT

La pandemia del COVID-19 ha puesto el sistema al descubierto. Desenmascaró sus profundas desigualdades estructurales e hizo tambalear el *statu quo* generando, así, crisis dentro de otras crisis. Atravesamos un tiempo histórico caracterizado por la hiperinterconexión entre los actores del sistema internacional, y si bien es cierto que esta realidad de interdependencia y fragilidad es una tendencia de ya varias décadas, la emergencia sanitaria actual agrega una novedosa característica: la vulnerabilidad consciente. Desde los refugiados en el Cox's Bazar en Bangladesh, los italianos en Bérgamo, llegando hasta el más alto nivel ejecutivo en Argentina, todos hablan el mismo idioma: coronavirus. Este acontecimiento disruptivo de la cotidianeidad nos fuerza a repensar la utilidad y el rol de los organismos internacionales en la gestión de las amenazas a la humanidad que intensifican cada vez más su carácter transnacional. En el presente artículo se exploran las limitaciones de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud en torno a la emergencia sanitaria y las contribuciones que muchas veces suelen pasar inadvertidas. Se argumenta que, si los organismos internacionales van a persistir, necesitan enmendar estructuras de poder y volcarse hacia un *multilateralismo vinculante*. El panorama actual pone de manifiesto las deficiencias del multilateralismo oportunista y los obstáculos que las instituciones

* Becaria Fulbright. Magíster en estudios de Terrorismo y no proliferación de armas en Middlebury Institute of International Studies, Estados Unidos. Pasante de Naciones Unidas en 2019. Licenciada en Relaciones Internacionales y Ciencia Política en la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de la Organización Argentina de Jóvenes por las Naciones Unidas (OAJNU).

del siglo XX tienen para dar respuesta a problemas del siglo XXI. Algunos pronósticos avizoran tiempos de más pandemias y de problemas globales con mayor impacto que el coronavirus. Aunque el futuro es incierto, hay una lección que a la fuerza hemos aprendido en el año 2020: nadie está a salvo, hasta que todos lo estamos.

1. SIGLO XXI: LA VULNERABILIDAD CONSCIENTE EN UN CONTEXTO DE HIPERINTERCONEXIÓN E INTERDEPENDENCIA

La pandemia de COVID-19 ha puesto el sistema al descubierto. Desenmascaró sus profundas desigualdades estructurales e hizo tambalear el statu quo. Indudablemente, también puso a prueba su capacidad de dar respuesta, dejando entrever, en muchos casos, la limitada capacidad de los Estados para hacer frente a una catástrofe de alcance planetario. Los tiempos actuales han permitido advertir el nivel de hiperconectividad que atraviesa a la humanidad de una manera sin precedentes. Globalización hiperbólica¹, le llaman algunos. Lo cierto es que el panorama que atravesamos ha dejado en claro una realidad indiscutible: lo que sucede al otro lado del mundo repercute, impacta e importa.

La actual emergencia sanitaria² ha permitido reforzar la noción de que habitamos un mundo caracterizado por procesos complejos de interdependencia global. Muchas veces esta realidad se manifiesta en situaciones extremas como, por ejemplo, que la (des)regulación del mercado de carnes exóticas en China puede terminar impactando las variables macroeconómicas de Argentina. Dicho en otros términos, un chino se come una sopa de murciélago a más de 18.000 kilómetros de distancia (para aquellos que sostienen esta teoría), y el impacto lo siente un argentino al otro lado del mundo, y pierde su trabajo.

Desde la lógica con la que opera el virus, las fronteras son sólo ideas y el Estado-Nación se pone en jaque al no poder controlar plenamente su territorio. Esta es la misma naturaleza que poseen otros fenómenos en nuestros tiempos: las tecnologías de la información, las amenazas a la paz que son cada vez más transnacionales como el terrorismo y el narcotráfico, los impactos ambientales, el alto flujo de movilidad de personas a través del globo, y en este caso, la emergencia sanitaria. Estos fenómenos tienen en común la capacidad de constreñir la soberanía de los Estados. El escenario actual pone al descubierto la condición de vulnerabilidad de la humanidad de una manera nunca antes experimentada.

Si bien es cierto que esta realidad de interconexión y fragilidad es una tendencia de ya varias décadas, esta emergencia sanitaria agrega una novedosa característica: *la vulnerabilidad consciente*. Hemos construido colectivamente un significado común en torno a la pandemia. Desde los refugiados en el Cox's Bazar en Bangladesh, los italianos en Bérgamo, los aldeanos en remotas áreas del Congo, llegando hasta el más alto nivel

¹ Yañez González, G., "Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia", 2020.

² La Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza los términos "emergencia de salud pública de interés internacional" (PHEIC, por sus siglas en inglés) cuando el brote de una enfermedad afecta a más de un país y se requiere una estrategia coordinada internacionalmente para enfrentarlo. Además, debe tener un impacto serio en la salud pública y ser "inusual" e "inesperado".

ejecutivo en Argentina, todos hablan el mismo idioma: coronavirus. No ha existido algún tiempo histórico que se asemeje al actual donde hay tanta sincronidad en el globo en términos de lenguaje e ideas. No importa la nacionalidad, religión, posición social, edad, bandera política, cultura, género, o nivel educativo, los más de 7 mil millones de humanos ya llevan más de dos meses entablando diálogo en torno a una situación común de peligro.

La gestión de la información a escala internacional se atribuye en gran medida a las organizaciones internacionales. En este contexto, y a pesar de la creciente oleada de escepticismo en torno al rol de dichas instituciones, resulta imperioso aludir a que la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las Naciones Unidas (ONU) han desempeñado un rol único. Han sido, y continúan siendo, instituciones gestoras de la información circulante, autoridades de “verdad”, coordinadoras de un lenguaje común, y hasta inclusive “faros de esperanza” en medio de la tragedia. En estos tiempos de hiperglobalización, *fake news*, virtualización de la cotidianeidad y teléfonos inteligentes, la información se vuelve central en la gobernanza, en el comportamiento colectivo y, por consiguiente, en la estabilidad social. El coronavirus nos está forzando a evaluar y repensar el rol del Estado y la utilidad de los organismos internacionales en un mundo dinámico de interdependencia compleja.

2. EL VIRUS DESENMASCARA EL SISTEMA: LA REEMERGENCIA DE LAS CONVERSACIONES ABANDONADAS

Ante lo vivido, la era de la procrastinación en materia de cooperación internacional y de creación de marcos de gobernanza global vinculantes debería finalizar. Resulta evidente la necesidad urgente de crear una arquitectura institucional más sofisticada y de alcance planetario que logre dar respuesta a una serie de desafíos comunes. Como es de anticiparse, el precio para llegar a dicho diseño será alto considerando que muchos Estados deberán ceder y alterar bases fundacionales de sus sociedades. Los 193 miembros de las Naciones Unidas y los 194 de la OMS, van a verse obligados a tener una serie de conversaciones sobre las estructuras que gobiernan el sistema internacional que, hasta la fecha, venían siendo pospuestas, o en el mejor de los casos, no iban más lejos que ser palabras vacías plasmadas en los discursos escuchados cada septiembre en la reunión de jefes de Estado de la Asamblea General de la ONU.

Además de los intensos y acalorados debates en torno a los cuestionamientos de los sistemas sanitarios del mundo, una de las mayores y más urgentes conversaciones que también emerge en estos tiempos es la relacionada a la justicia intergeneracional en materia ambiental. Los líderes van a tener la obligación de rediseñar sistemas productivos para alcanzar un modelo que supere la limitada y miope dicotomía entre capitalismo o comunismo, dando lugar a uno alternativo que permita un desarrollo sustentable, donde se preste estrecha atención al concepto de recursos naturales finitos, y al bienestar de las generaciones venideras. Algo que, hasta el momento, pareciera no ser compatible con la agenda pública de muchos jefes de Estado, quienes frecuentemente se ven bajo la tentación de gobernar exclusivamente con la lógica del corto plazo y el rédito político. Los marcos de cooperación y diálogo actuales han fracasado enormemente en la adopción de medidas vinculantes,

tal como lo viene reflejando una tras otra Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

En segundo lugar, al reconocer el elevado grado de interdependencia entre los actores globales, los líderes de Estado también se verán obligados a tener otras conversaciones referidas al desarrollo sostenible en materia de reducción de la pobreza, acceso al derecho a la salud, al agua, educación, entre otros tópicos que abordan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el marco de la Agenda 2030 de la ONU. Como ya han advertido los expertos en numerosas ocasiones, de no modificar el curso actual, los problemas derivados de la presente relación hombre-naturaleza van a crear significativos procesos de desestabilización local, nacional, e internacional, multiplicando y exacerbando así problemas sociales preexistentes. Un gran ejemplo en este sentido es el número ascendente de refugiados ambientales. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)³ ha advertido reiteradamente sobre los impactos catastróficos que se avizoran (con mayor impacto que esta pandemia inclusive) debido a la inacción actual.

COVID-19 es concomitantemente una crisis y una oportunidad. Ha dejado al descubierto el nivel de desigualdad social que caracteriza a este mundo al visibilizar el grado de impacto desproporcional que el virus tiene en ciertas comunidades. Asimismo, ha dejado en evidencia dos cuestiones: la primera, el carácter “democrático del virus”, como sugirió Harirchi⁴, el viceministro de Salud de Irán, para referirse a que ataca a todos por igual sin atender a ninguna diferenciación social; y la segunda (su contracara), el carácter “elitista” que tiene la batalla para hacerle frente. Algunos pelean con armas y otros con palos.

Resulta imposible y hasta irresponsable desatender las disparidades estructurales en términos de recursos con las que algunas poblaciones enfrentan la actual situación. Indudablemente, de existir circulación comunitaria, las probabilidades de contagio en las villas miserias de Argentina, las favelas en Brasil, en los suburbios hacinados en la India, en la población *homeless* en Estados Unidos, en los campos de refugiados en Lesbos, en las zonas de guerra en Siria, son ampliamente mayores a las de aquellos sectores de ingresos medios y altos, donde poder aislarse y acceder al lavado de manos es un hecho. De manera similar, de ser afectados por el virus, las posibilidades de supervivencia entre ambos tipos de poblaciones son dispares. Mientras unos se aseguran camas en terapias intensivas, doctores, atención médica y demás elementos, a otros les resulta imposible si quiera ingresar al sistema sanitario. Este panorama de evidente desigualdad, donde a diferencia del pasado era posible ponerlo bajo la alfombra, ahora resulta imperante enmendarlo para la supervivencia de la humanidad. Ahora se ha internalizado a nivel colectivo la idea de que la supervivencia individual está conectada a la supervivencia de la comunidad. Es interdependiente. Del mismo modo, ha reflatado la idea de que esto no se acaba para nadie, hasta que no se acabe para todos, en todas las partes del globo.

³ IPCC (2019), “Informe 2019 sobre el calentamiento global de 1,5 °C”, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf

⁴ Harirchi, I. (2020), Entrevista en Ruptly, <https://ruptly.tv/es/videos/20200225-069>.

3. INSTITUCIONES DE 1945 PARA RESPONDER A PROBLEMAS DEL AÑO 2020

En este proceso de cambio y revisión de la gobernanza global, resulta menester aludir a un hecho en particular: la estructura orgánica de las organizaciones internacionales creadas para responder a un contexto de posguerra en 1945 no responde eficientemente al dinamismo del siglo XXI. Si bien la presencia de dichos organismos y su accionar en múltiples dominios continúan siendo necesarios por las razones que se explicarán a continuación, vale la pena recordar el contexto en el que la ONU y la OMS fueron creadas:

“Como señalaba el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe del Milenio, cuando se crearon las Naciones Unidas en 1945 la población del planeta era menos de 2.500 millones de habitantes, las barreras comerciales eran elevadas, las corrientes comerciales minúsculas y se ejercía un firme control sobre el capital; la mayor parte de las grandes empresas trabajaban en un solo país y producían para su mercado nacional; el costo de las llamadas telefónicas transoceánicas era prohibitivo para el ciudadano medio; se acababa de construir la primera computadora del mundo, que ocupaba una amplia habitación y para cada tarea había que reconfigurar el cableado; la ecología era un tema confinado al estudio de la biología y ni en la ciencia ficción se encontraban referencias al ciberespacio”⁵.

En aquel entonces, los desafíos que enfrentaban las sociedades podían resolverse dentro de los marcos jurídicos nacionales, excepto en aquellas instancias de guerra convencional donde intervenía de una manera más plausible el derecho internacional. El panorama actual es sustancialmente diferente a lo descrito por el Secretario General: el ciberespacio y la virtualidad de la realidad es parte inherente de nuestras sociedades, como así también la inteligencia artificial, la “Big Data”, otras fuerzas transnacionales como las provenientes del capital financiero, o la contaminación del aire, entre otras. No obstante, los diseños institucionales centrales de dichos organismos no se han modificado en lo absoluto o cuando lo han hecho, ha sido de manera cosmética y limitada, evitando proceder con reformas profundas, como lo es el Consejo de Seguridad Permanente de la ONU. En definitiva, mientras en el siglo XX se apelaba en un marco normativo a la cooperación y a las relaciones de amistad entre los Estados como algo “deseable”, el siglo XXI apela a la misma noción, pero sustentándose principalmente en otro argumento: la necesidad y urgencia de la supervivencia humana en el Tierra. Y es a partir de la actual naturaleza de las amenazas a la paz y a la seguridad que se debe pasar de un multilateralismo oportunista u opcional a un multilateralismo vinculante.

4. LAS LIMITACIONES DE LA ONU Y LA OMS AL DESCUBIERTO EN TIEMPOS DE EMERGENCIA SANITARIA

La traumática Segunda Guerra Mundial culminó con la creación de las Naciones Unidas, sentando así las bases en 1945 para un nuevo orden internacional. Con el objetivo de preservar la paz y la seguridad internacionales, cultivar las relaciones de amistad entre

⁵ Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.

las naciones, y fomentar la cooperación y el respeto por los derechos humanos, a la ONU se le atribuyó la competencia de servir de centro armonizador y coordinador de los esfuerzos de los países⁶. Tres años más tarde, se creó la OMS como parte de una de las tantas agendas especializadas que tiene el sistema de Naciones Unidas. A dicho organismo se le encomendó la tarea de trabajar para alcanzar el máximo nivel posible en materia de salud para toda la población mundial⁷. Asimismo, en su constitución se establecieron otras ideas trascendentales, tales como el reconocimiento por todos sus Estados miembros de que la salud, además de ser un derecho esencial de todo ser humano, “es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”⁸.

El carácter normativo y prescriptivo presente en las cartas fundacionales de la ONU y la OMS ha encontrado numerosos obstáculos a lo largo de los años. Si hay un rasgo común que comparten las organizaciones, es su misión de coordinar esfuerzos y facilitar las tareas conjuntas de los países, de manera tal que permitan llegar a todas las partes del globo. A raíz de que los Estados miembros conservan su plena soberanía, el nivel de restricción que las organizaciones poseen en términos de su capacidad de acción y toma de decisión es elevado. El Artículo 2º de la Carta de Naciones Unidas, piedra angular del orden internacional, establece la igualdad soberana de todos sus miembros y el principio de la excepción de la jurisdicción interna de los Estados dejando en claro que la organización no podrá intervenir en los asuntos domésticos de los miembros (con ciertas excepciones). Habiendo transcurrido 75 años de vigencia de esta estructura orgánica, resulta evidente aludir a las limitaciones que ha tenido para dar respuesta a los desafíos que se enfrenta la humanidad, sobre todo cuando los Estados no optan por la cooperación. La pandemia actual ha sido un gran ejemplo de lo limitada que puede ser la respuesta multilateral coordinada. Por el contrario, se ha podido advertir que, en muchos casos, la respuesta ha tendido más a un auténtico “sálvense quien pueda”.

A continuación, se mencionan algunos de los obstáculos de estos organismos:

Dependencia de cooperación: La efectividad de las organizaciones internacionales depende exclusivamente de la voluntad de cooperación que poseen no solo los Estados sino más bien los gobiernos de turno. En el caso de COVID-19 un aspecto fundamental ha sido la (falta de) cooperación con la provisión de la información en su etapa inicial. A mediados de enero, China negó el acceso a un equipo de expertos de la OMS, quienes investigarían y evaluarían la situación. Cuando la OMS finalmente visitó China en febrero de 2020 el organismo se vio condicionado por lo que las autoridades chinas desearon compartir. Cada vez son más los informes y artículos de expertos que sugieren que las autoridades del país no solo se demoraron en compartir cierta información crucial para la gestión y mitigación de la crisis, sino que además ocultaron⁹ información. Asimismo,

⁶ ONU, Carta Fundacional, Artículo 1º, <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>.

⁷ OMS, Constitución, Artículo 1º, https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7.

⁸ OMS, Constitución, Preámbulo.

⁹ Wall Street Journal (2020), “Wuhan’s Coronavirus Death Toll Surges by 50% After China Revision”, <https://www.wsj.com/articles/wuhans-coronavirus-death-toll-surges-by-50-after-china-reviews-data-11587110435>.

China presionó a la OMS para que se abstuviera de “hacer sonar la alarma”¹⁰ sobre COVID-19 en enero y febrero, provocando así un fracaso en la contención temprana de la pandemia. Cuando ciertos países dicen no reportar casos o reportan cifras minúsculas, la OMS queda en una posición compleja con escasas posibilidades de cuestionar públicamente y decir lo contrario¹¹. En consecuencia, su trabajo va a estar determinado por la calidad de la información y el nivel de cooperación de los países. Tal como Paul Poast (2020), investigador en The Chicago Council y docente de Relaciones Internacionales, indicó, en el caso del COVID-19 la organización se vio ante el dilema de elegir entre condenar a China abiertamente y erosionar su vínculo que le permitía hasta el momento un acceso escaso a la recolección de datos, o bien, tratar a China de una manera más diplomática y amigable para poder acceder a la información (aunque a cuenta gotas)¹². Este ejemplo de dilema ilustra una dinámica frecuente a la que se ven sometidas las organizaciones internacionales, no solo en materia de salud sino también en relación al cumplimiento de derechos humanos.

Dependencia de financiamiento: Tanto la OMS como la ONU con sus monstruosas estructuras burocráticas funcionan en tanto y en cuanto los Estados miembros contribuyan con sustanciales aportes económicos. Para poner en contexto la magnitud de sus programas humanitarios y de desarrollo se trae a colación lo siguiente: según cifras de 2019¹³, el sistema de la ONU en su conjunto proporcionó alimento y asistencia a 91,4 millones de personas en 83 países, suministró vacunas para el 45 % de los niños del mundo, y asistió a 71,4 millones de personas que huían de la guerra y la persecución, entre otras tareas. Semejantes despliegues de asistencia social en el mundo son solo posibles si los Estados así lo permiten. La dependencia de financiamiento es un hecho que no debe pasarse por alto puesto que pone a los organismos internacionales en una posición de severo constreñimiento y habilita a que de manera frecuente se vean sometidos a la presión de disputas de poder en torno a la definición del presupuesto y la toma de decisiones con relación al gasto. Sumado a esta característica, se agrega el alto nivel de volatilidad que tiene esta dependencia financiera. La constante rotación de funcionarios de los países miembros (quienes muchas veces no se comportan como grandes partidarios de los esquemas multilaterales y contradicen las políticas adoptadas por administraciones previas) repercute en la estabilidad financiera de las instituciones.

El caso del presidente Donald Trump es un gran ejemplo de esta situación. Tal como sucedió recientemente con la OMS, Estados Unidos anunció que detendría temporalmente su financiamiento a la organización alegando que había existido un mal manejo de la crisis

¹⁰ Poast, P. (2020), “Is the World Health Organization responsible for the outbreak?” <https://twitter.com/ProfPaulPoast/status/1246418500152963073>.

¹¹ The Atlantic (2020), “How China deceived the World Health Organization?” <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/world-health-organization-blame-pandemic-coronavirus/609820/>.

¹² Poast, P. (2020), “Is the World Health Organization responsible for the outbreak?”

¹³ ONU (2019), “Nuestro trabajo en cifras”, https://www.un.org/sites/www.un.org/files/uploads/files/2019_UN%20Card_SP-web.pdf.

y que el organismo se mostraba muy partidario de China (“*China centric*”)¹⁴. Cabe recordar que la OMS se sostiene gracias a las contribuciones pactadas (*assessed contributions*) por cada Estado según su población e ingresos, y gracias a las contribuciones voluntarias (*voluntary contributions*)¹⁵ que hacen referencia a fondos extras que los miembros y organizaciones privadas aportan. Durante los últimos años Estados Unidos ha sido el mayor contribuidor de la OMS, proveyendo así una porción determinante de su ingreso. Ahora que el país toma la decisión de dar un paso atrás con los fondos, deja al organismo en una posición de extrema complejidad en un contexto de emergencia sanitaria global. Este es solo un ejemplo dentro de muchos otros que existen en las organizaciones internacionales de cómo estas instituciones, además de abocarse a la tarea de combatir problemas de escala global como el hambre, la pobreza, las epidemias, el terrorismo, el cambio climático, no están exentas de las disputas en torno al presupuesto. Para complejizar aún más el escenario, existen intereses privados que también adquieren un rol considerable al condicionar las decisiones de la OMS. Cada vez son más las voces que sugieren que se encuentra en un proceso acelerado de privatización¹⁶, donde actores como la industria farmacéutica o la Fundación Bill Gates terminan digitando el uso de los fondos en consonancia con sus prioridades. Ese es precisamente el problema de las donaciones voluntarias donde el donante no es ajeno a las deliberaciones de la definición de la agenda y los programas.

Politización: Al igual que en cualquier otra institución que regula el comportamiento humano, el conflicto en las relaciones sociales es un componente inherente. En los organismos internacionales la politización de la agenda es un tema frecuente. La disputa de intereses entre China y Estados Unidos en el seno de la OMS es un ejemplo que ilustra con claridad esta dinámica y muestra cuán lejos puede llegar la politización inclusive en un contexto de emergencia sanitaria. El presidente Donald Trump adoptó una retórica abiertamente ofensiva hacia China, buscando culpables e incluso haciendo referencia al virus como “el virus chino”¹⁷. El discurso adoptado por ambas potencias (quienes sostienen y estabilizan el orden internacional) refiriéndose constantemente al otro como “amenaza” e intentando balancear el poder a su favor, ciertamente ha puesto en jaque la capacidad de actuar de las autoridades de las organizaciones internacionales, quienes no solo se vieron obligadas a lidiar con la pandemia *per se* y el rápido contagio del virus, sino también a apaciguar la escalada en las relaciones no tan diplomáticas de sus miembros.

Sumado a este panorama, existen otras cuestiones de fondo que no pueden ser desatendidas. Tal es el caso de la influencia y presión de China en estas organizaciones para que se alineen con la política de “una sola China” y se jacten de reconocer a Taiwán como Estado soberano¹⁸. La membresía en la OMS solo se concede a los países que son

¹⁴ Trump, D. (2020), <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1247540701291638787>.

¹⁵ OMS, Presupuesto 2019, <https://www.who.int/about/finances-accountability/budget/es/>.

¹⁶ Velásquez, G. (2016), “Han privatizado la OMS y la financiación privada condiciona sus decisiones”, https://cadenaser.com/ser/2016/06/16/sociedad/1466079742_072124.html.

¹⁷ Trump, D. (2020), <https://mobile.twitter.com/realDonaldTrump/status/1239685852093169664>.

¹⁸ BBC (2020), “Why Taiwan has become a problem for the WHO”, <https://www.bbc.com/news/world-asia-52088167>.

miembros de las Naciones Unidas o a aquellos países que son aprobados por la Asamblea de la Salud de la OMS¹⁹ (cabe recordar aquí que, para ser miembro de la ONU, la candidatura debe pasar por el Consejo de Seguridad en concordancia con el Art. 134-138 de la carta y contar con el aval de los miembros permanentes con poder de veto, donde China ocupa un asiento). El caso de la exclusión de Taiwán es particularmente relevante en un contexto de emergencia sanitaria, donde la cooperación y coordinación internacional ha sido crítica para la contención del contagio. Apartar a un país de las conferencias de prensa, negociaciones, y del intercambio de información, puede traer consecuencias catastróficas. Las epidemias ciertamente no atienden ni se detienen ante disputas de soberanía.

Está visto que aún en la gestión de la pandemia donde el enemigo es un virus, los asuntos diplomáticos, la política y las relaciones de poder no quedan al margen. De hecho, se vuelven más evidentes y en muchos casos hasta se exacerbaban. Como se puede advertir, esto continúa erosionando la capacidad de los organismos de dar respuesta a escenarios complejos y a amenazas transfronterizas. Tal como lo advirtió Paul Poast (2020), EE. UU. y China personifican la dinámica del “intercambio de culpas” en lugar del equilibrio cooperativo contra la amenaza del COVID-19: “A menudo pensamos que las amenazas existenciales unirán a los Estados (es decir, tender hacia el equilibrio). Puede ser cierto cuando la amenaza está bien definida y lleva un arma, pero ¿cuándo la amenaza es un virus?”²⁰

En síntesis, no se le puede exigir a las organizaciones internacionales que hagan más de lo que sus competencias le permiten. Llevan en su ADN la contradicción constante: promover un mundo más democrático apoyándose en una estructura profundamente elitista.

5. LAS CONTRIBUCIONES INADVERTIDAS DE LA ONU Y LA OMS

A pesar de que las limitaciones de las organizaciones internacionales atraen más atención a diario, su contribución en numerosos ámbitos resulta fundamental. Mientras los Estados han desplegado toda su maquinaria y aparato burocrático para dar respuesta a la pandemia en el plano local, la tarea de la OMS y la ONU, codo a codo, ha sido coordinar la respuesta global. El virus, como se ha enfatizado con anterioridad, no reconoce fronteras. Y es debido a esta naturaleza transnacional, que la actuación de los organismos es crucial. Algunos analistas destacan que la OMS está luchando contra un colapso en la cooperación internacional que excede su capacidad de control. No obstante, vale la pena mencionar ciertas funciones de vital importancia para la gestión de riesgo que se han estado desempeñando:

Gestión de la información: La distribución de la información y el conocimiento en torno al virus, hasta los rincones más remotos del planeta, se atribuye en gran parte a estos organismos. La comunicación multilingüe cierra brechas y fomenta el equilibrio entre los pueblos, permitiendo así administrar de manera más eficiente las prácticas de salud pública.

¹⁹ OMS (2020), Membresía, <https://www.who.int/countries/es/>.

²⁰ Poast, P. [@ProfPaulPoast] (2020), The Power Politics in Pandemics. Twitter, <https://twitter.com/ProfPaulPoast/status/1238466631933874177>.

La OMS ha sido la institución responsable de poner un nombre al virus y declarar el estado de “pandemia”, desencadenando de esta manera una respuesta global con repercusión nacional en cada Estado. La OMS ha ofrecido guía en cuanto a la gestión misma de la crisis, tal como el fuerte énfasis en el testeo masivo a la población. No es menor, además, mencionar el rol en la desmitificación de ciertas ideas relacionadas al coronavirus, como aquellos discursos que vinculaban el origen del COVID-19 al uso del 5G o movimientos anti-vacunas²¹. En la era de la tecnología de la información, donde los ciudadanos ven sus pantallas invadidas con más (des)información de la que les es físicamente posible procesar, resulta elemental contar con instituciones que universalizan lenguajes (¡Lávate las manos!) y unifican discursos sostenidos por la ciencia. Esta función de “*agenda-setting*” a escala global es crucial para el combate de no sólo la pandemia, sino de la infodemia.

Creación y desarrollo de capacidades estatales: Son muchos los países en el mundo con sistemas sanitarios paupérrimos, con bajos recursos para hacer frente a la crisis, y con escaso conocimiento sobre cómo responder. La OMS y la ONU son responsables de ayudar a dichos países, servir de guía en múltiples rubros: desde proveer capacitaciones *online*²² a trabajadores de la salud en países de Medio Oriente, hasta brindar información sobre cómo poner en cuarentena una escuela en Somalia. En definitiva, los organismos desempeñan una función democratizadora que intenta enmendar estructuras dispares de poder y recursos entre las naciones. Asimismo, desempeñan un rol de coordinación multisectorial, trayendo a la conversación sobre el coronavirus al sector privado, academia, jóvenes, especialistas y, por supuesto, el Estado-Nación.

Coordinación de la ciencia: En un momento histórico donde la humanidad desarrolló conocimiento sobre un virus en tiempo récord, la OMS ha servido de centro coordinador de los científicos y sus investigaciones. Un ejemplo concreto de esto es su colaboración con GloPID-R (*Global Research Collaboration for Infectious Disease Preparedness*) en la celebración del foro mundial de investigación e innovación para movilizar la acción internacional en respuesta al coronavirus. Más de 300 científicos e investigadores participaron y acordaron un conjunto de prioridades globales de investigación y un plan de trabajo, proporcionando así un marco importante para la investigación coordinada a nivel internacional. La vacuna puede aparecer en cualquier rincón del globo, o hasta inclusive puede venir gracias a la acción conjunta de los científicos en varios países. Es impensable salir de una crisis global sin abrir los canales de conversación necesarios en la ciencia (que tampoco responde necesariamente a banderas).

Ayuda humanitaria que contempla la interseccionalidad: La pandemia ha generado “crisis dentro de otras crisis” debido a las ya paupérrimas condiciones de vida en las que gran parte de la población mundial se encontraba con anterioridad. Tal como señaló la

²¹ ONU (2020), “Las Naciones Unidas combaten la infodemia de la información falsa en la crisis del COVID”, <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-tackling-%E2%80%98infodemic%E2%80%99-misinformation-and-cybercrime-covid-19>.

²² OMS (2020), Capacitación online COVID-19, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/training/online-training>.

Organización de la ONU para la Alimentación y Agricultura (FAO): “Antes de la pandemia de coronavirus, más de 820 millones de personas se iban a dormir con hambre [...]. Ahora algunos países en desarrollo enfrentan una doble crisis, el hambre y COVID-19”²³. Son los organismos internacionales los que se encargan de dar una respuesta a las crisis dentro de otras crisis humanitarias. Si bien gran parte de la población mundial se ha visto afectada de alguna u otra forma por el virus, el impacto ha sido desproporcionado para ciertas comunidades.

El marco conceptual de la *interseccionalidad*²⁴, propuesto por Crenshaw (1989), ayuda a identificar con mayor precisión a las poblaciones de extrema vulnerabilidad. Este enfoque sostiene que ciertas identidades o circunstancias de las personas (etnicidad, género, edad, estatus socioeconómico, nacionalidad, religión, etc.) se combinan generando, así, modos únicos de opresión o discriminación, aumentando su estado de vulnerabilidad. Por ejemplo, no es posible homogeneizar la situación de vulnerabilidad de la gente en situación de pobreza; el impacto no es el mismo para una persona pobre en el conurbano bonaerense que para un pobre e indígena que ni siquiera puede acceder a la información sanitaria por la barrera del idioma, tal como sucede con las comunidades Wichí en el norte argentino. Ni mencionar el impacto para una persona pobre, indígena, anciana y mujer. En este sentido, la ONU y su compleja maquinaria de agencias especializadas atienden y abogan por las necesidades de aquellas personas que acarrean pesadas circunstancias que los ponen en alto riesgo, especialmente en lugares de crisis sociales preexistentes. Ejemplo de esto es ONU Mujeres y su rol para visibilizar el impacto que las medidas de cuarentena pueden tener en las mujeres que sufren violencia de género en el hogar (considerando sus diferencias culturales); ACNUR y la protección a los refugiados, quienes ya previamente carecían de una vivienda para aislarse; PNUD y su rol visibilizando las condiciones de pobreza en el mundo, específicamente en África subsahariana donde más del 76 % de la población²⁵ no tiene acceso al agua potable para poder higienizarse; UNICEF, atendiendo las necesidades particulares de los niños viviendo en conflicto armado, entre otras. De no ser por la respuesta específica de la ayuda humanitaria de estas organizaciones y su entendimiento de la complejidad de las poblaciones vulnerables, el impacto del COVID-19 habría sido aún mayor.

6. PROBLEMAS GLOBALES, SOLUCIONES GLOBALES: ¿HACIA UN MULTILATERALISMO VINCULANTE?

La pandemia ha puesto de manifiesto que el actor principal del sistema internacional continúa siendo el Estado-Nación. Ante cualquier peligro inminente los ciudadanos buscan al Estado por protección, y en este escenario de coronavirus, su rol como gestor y proveedor de seguridad sanitaria ha sido irrefutable.

²³ FAO (2020), “UN working to avert dual crises as COVID-19 hits hunger hotspots”, <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-working-avert-dual-crises-covid-19-hits-hunger-hotspots>.

²⁴ Crenshaw, K. (1989), “Intersectionality”, <https://www.law.columbia.edu/pt-br/news/2017/06/kimberle-crenshaw-intersectionality>.

²⁵ Noticias ONU (2019), “Más de 2000 millones de personas no tienen acceso al agua potable ni al saneamiento básico”, <https://news.un.org/es/story/2019/03/1452891>.

Durante años diversas corrientes en las relaciones internacionales han debatido la utilidad de las organizaciones internacionales y la cooperación internacional. En estos tiempos, viejos debates entre realismo y liberalismo parecen reflotar. Mientras los realistas vuelven a afirmar al Estado-Nación como actor primordial en el tablero internacional y pregonan escepticismo sobre los beneficios de la cooperación, las corrientes liberales continúan sosteniendo que existe una creciente interdependencia entre Estados y que la cooperación misma constituye una fuente de prosperidad. Hoy esta confrontación ideológica sigue vigente e inclusive adopta aún más fuerza²⁶.

¿Qué sigue?; es otra de las preguntas parte del lenguaje del coronavirus. ¿Qué características va a adoptar el sistema internacional luego de este acontecimiento disruptivo de semejante magnitud? Considerando el carácter transnacional de las amenazas a la paz y seguridad internacionales presentes en nuestro siglo, el alto grado y complejidad de la interdependencia, el aceleramiento de los procesos de globalización a raíz del boom de las tecnologías de la información, y considerando la necesidad de entablar comunicación para encontrar soluciones globales a problemas globales, es que resulta impensable renunciar al multilateralismo. Sin embargo, no se puede dejar de enfatizar que el sistema multilateral actual presenta serias dificultades que revelan su deficiencia.

El esquema de cooperación en vigencia parece asemejarse más a un multilateralismo oportunista, donde los países construyen alianzas solo cuando sus ganancias individuales son identificables y se retiran de los marcos institucionales y tratados con gran liviandad. Asimismo, pareciera ser que el multilateralismo sólo aplica para aquellos países con menor poder de influencia o aquellos más pobres. Evidentemente, si los organismos internacionales van a persistir, necesitan enmendar estructuras de poder, reformar y volcarse hacia un *multilateralismo vinculante*.

El *multilateralismo vinculante*²⁷ alude a la existencia de un orden internacional que cuenta con un alto nivel de institucionalización. Dentro del mismo, las instituciones tienen un peso importante al restringir el uso abusivo del poder y prescribir las conductas de los Estados, principalmente en materia de derechos humanos. Por un lado, este alto grado de institucionalización permitiría abrir nuevos espacios de cooperación que sean duraderos y sostenibles en el tiempo (independientes a los gobiernos de turno), y por otro, que aumenten los costos políticos para aquellos Estados que pretendan retirarse con tanta facilidad de los acuerdos internacionales o que violen el derecho internacional. La justificación de dicho esquema reside fundamentalmente en que los temas actuales a resolver son de interés común a toda la población mundial y en que muchos acuerdos internacionales necesitan de la participación de las superpotencias para tener impacto en la práctica. El caso más representativo de esto es el acuerdo de París sobre el cambio climático y la

²⁶ Foreign Policy (2020), “The Realist’s Guide to the Coronavirus Outbreak”, <https://foreignpolicy.com/2020/03/09/coronavirus-economy-globalization-virus-icu-realism/>.

²⁷ Russell, R. y Tokatlian, J., Nuevo Orden Internacional, “Modelos de política exterior y opciones estratégicas”, en Revista *CIDOB D’Afers Internacionals*, 2009, pp. 85-86.

retirada de Estados Unidos, quien ocupa el segundo lugar en el *ranking* de país emisor de CO₂²⁸. Debido a la urgencia de la situación y a la necesidad imperante de adaptar las estructuras productivas a las capacidades finitas del planeta, es menester que cooperar en ciertos ámbitos adquiera un carácter vinculante. Sobre todo, si el futuro de la humanidad y de las generaciones venideras está en juego.

El año 2020 marca un punto de inflexión en la historia por varias razones. Por un lado, la experiencia de la emergencia sanitaria deja múltiples lecciones en materia de gobernanza y una ciudadanía mucho más sensible e interesada por lo que sucede al otro lado del mundo. Esta ciudadanía ahora ha experimentado en carne propia los matices de la interconexión global y ha comprendido que los problemas locales pueden convertirse en problemas globales en un abrir y cerrar de ojos.

Por otro lado, el año 2020 marca el aniversario número 75 de la ONU. Esto es relevante porque se agrega una dosis extra de presión a las conversaciones internacionales que los líderes tienen cuando se lleva a cabo la Asamblea General. No es un año ordinario como cualquier otro, y mucho menos si los gobiernos todavía tienen un largo camino por recorrer para poder idear estrategias coordinadas que puedan dar respuesta a los múltiples impactos que deja la crisis. Asimismo, no es menor analizar quiénes son los invitados a la conversación en este período de tambaleo de las estructuras institucionales donde se abren posibilidades de reformas. A diferencia del mundo de posguerra de 1945, donde la estructura internacional la diseñaba un grupo minúsculo de personas como Churchill, Roosevelt, y Stalin en Dumbarton Oaks, el siglo XXI ha permitido la inclusión de nuevos actores en la mesa. La ONU, ya desde el lanzamiento de los ODS y en vistas del 75 aniversario, ha logrado incluir las voces del sector privado, académicos de todas las disciplinas, activistas, figuras públicas, organizaciones no gubernamentales, líderes religiosos y jóvenes. Si bien es cierto que son incluidos sin poder de decisión, el potencial de poder influenciar a los líderes va en aumento. Son cada vez más los espacios internacionales donde se incrementa la interacción entre los líderes de Estado y otros actores, lo que a corto o largo plazo va a generar cambios en la manera en la que se deciden las políticas.

En el pasado, muchos teóricos liberales anclaban sus argumentos a favor de la cooperación en miradas optimistas que ponían el énfasis en los beneficios que la misma podía traerles a los pueblos. Para muchos la cooperación era “deseable”, “favorable”, “recomendable”. Lo cierto es que hoy, el panorama mundial ha cambiado considerablemente, y la crisis del coronavirus nos permite asimilar la idea de que la cooperación no solo es deseable, sino que no existe otra alternativa. No existe otra opción clara, siempre y cuando asumamos que los gobernantes buscan genuinamente alcanzar el máximo nivel de bien común para sus naciones. Algunos pronósticos avizoran un siglo de más pandemias y de problemas globales con mayor impacto que el coronavirus. Aunque el futuro es incierto, hay una lección que a la fuerza hemos aprendido en el año 2020: nadie está a salvo, hasta que todos lo estamos.

²⁸ Global Carbon Atlas (2020), “Emissions by country”, <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>.

BIBLIOGRAFÍA

- BBC (2020), “Why Taiwan has become a problem for the WHO”. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-52088167>.
- Crenshaw, K. (1989), “Intersectionality”. Disponible en: <https://www.law.columbia.edu/pt-br/news/2017/06/kimberle-crenshaw-intersectionality>.
- Diez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- FAO (2020), “UN working to avert dual crises as COVID-19 hits hunger hotspots”. Disponible en: <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-working-avert-dual-crises-covid-19-hits-hunger-hotspots>.
- Foreign Policy (2020), “The Realist’s Guide to the Coronavirus Outbreak”. Disponible en: <https://foreignpolicy.com/2020/03/09/coronavirus-economy-globalization-virus-icu-realism/>.
- Global Carbon Atlas (2020), “Emissions by country”. Disponible en: <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>.
- Harirchi, I. (2020), “Entrevista en Ruptly”. Disponible en: <https://ruptly.tv/es/videos/20200225-069>.
- IPCC (2019), “Informe 2019 sobre el calentamiento global de 1,5 °C”. Disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf.
- Noticias ONU (2019), “Más de 2000 millones de personas no tienen acceso al agua potable ni al saneamiento básico”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/03/1452891>.
- OMS (1948), “Constitución”. Disponible en: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7.
- OMS (2020), “Capacitación online COVID-19”. Disponible en: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/training/online-training>.
- OMS (2020), “Membresía”. Disponible en: <https://www.who.int/countries/es/>.
- OMS, “Presupuesto 2019”. Disponible en: <https://www.who.int/about/finances-accountability/budget/es/>.
- ONU (2019), “Nuestro trabajo en cifras”. Disponible en: https://www.un.org/sites/www.un.org/files/uploads/files/2019_UN%20Card_SP-web.pdf.
- ONU (1945), “Carta Fundacional”. Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>.
- ONU (2020), “Las Naciones Unidas combaten la infodemia de la información falsa en la crisis del COVID”. Disponible en: <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-tackling-%E2%80%98infodemic%E2%80%99-misinformation-and-cybercrime-covid-19>.

- Poast, P. (2020), “Is the World Health Organization responsible for the outbreak? Disponible en Twitter: <https://twitter.com/ProfPaulPoast/status/1246418500152963073>.
- Poast, P. (2020), “The Power Politics in Pandemics”, Twitter, <https://twitter.com/ProfPaulPoast/status/1238466631933874177>.
- Russell, R. y Tokatlian, J. Nuevo Orden Internacional, “Modelos de política exterior y opciones estratégicas”, en Revista *CIDOB D’Afers Internacionals*, 2009, pp. 85-86.
- The Atlantic (2020), “How China deceived the World Health Organization?”, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/world-health-organization-blame-pandemic-coronavirus/609820/>.
- Trump, D. (2020), Disponible en Twitter: <https://mobile.twitter.com/realDonaldTrump/status/1239685852093169664>.
- Trump, D. (2020). Disponible en Twitter: <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1247540701291638787>.
- Velásquez, G. (2016), “Han privatizado la OMS y la financiación privada condiciona sus decisiones”, https://cadenaser.com/ser/2016/06/16/sociedad/1466079742_072124.html.
- Wall Street Journal (2020), “Wuhan’s Coronavirus Death Toll Surges by 50% After China Revision”, <https://www.wsj.com/articles/wuhans-coronavirus-death-toll-surges-by-50-after-china-reviews-data-11587110>.
- Yanez Gonzalez, G. (2020), “Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia”.

PANDEMIA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS PRINCIPIOS DE SIRACUSA

LUIS CARO FIGUEROA*

ABSTRACT

This article explores the relevance of international human rights law in the response to the SARS-CoV-2 pandemic. It focuses on The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, an international document published by the UN Commission on Human Rights in September 28, 1984. The abuses of applicable provisions allowing governments and states to limit and derogate from certain rights protected by the ICCPR has resulted in the need for a much closer examination of the conditions and grounds for permissible limitations and derogations in order to achieve an effective implementation and enforcement of the rule of law.

I. INTRODUCCIÓN

La humanidad vive una situación excepcional y sin precedentes a causa de la fulgurante progresión de la pandemia de COVID-19¹.

*Abogado. Máster en Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Educación por la Universidad de Alicante, Autónoma de Barcelona y Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política diplomado por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de España. Ejerce su profesión en Europa desde hace treinta años.

¹ La declaración oficial del COVID-19 como pandemia fue efectuada el pasado día 12 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud. La declaración se puede consultar en <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic>.

Esta inédita situación ha propiciado, como nunca antes en la historia, el enfrentamiento entre el respeto a las libertades públicas fundamentales de los ciudadanos –principio que se encuentra en el corazón de las democracias modernas– y la gestión sanitaria eficiente de una crisis de inusitada gravedad e imperiosa urgencia.

Casi al unísono, los gobiernos de los diferentes países de la Tierra han visto cómo el respeto razonable a la legalidad ordinaria se volvía, por horas, cada vez más difícil de sostener. Y no han sido pocos los que se han sorprendido también por el hecho de que los Poderes Ejecutivos –en algunos casos con escasa o nula intervención de los demás poderes del Estado– eran requeridos de urgencia para adoptar medidas de muy diversa naturaleza con el fin de conjurar la amenaza.

En este contexto de aguda crisis, algunas de nuestras libertades más fundamentales han desaparecido, al menos temporalmente. El nuevo coronavirus ha colocado dentro de un incierto paréntesis a un determinado número de valores fundamentales de nuestro contrato social; aunque tan preocupante como esto es el hecho de que la práctica desaparición de importantísimos derechos se haya producido sin debate político, sin que una ley debatida y votada por los representantes de los ciudadanos así lo hubiera decidido, y generalmente en base a decisiones administrativas urgentes que en muchos lugares han adoptado la forma de simples órdenes ministeriales.

Hemos visto cómo en pocas semanas el Estado democrático se volvía autoritario y lo hacía descendiendo solo unos pocos peldaños. La escena que se desenvolvía ante nuestros incrédulos ojos nos dibujaba una situación realmente paradójica, o cuanto menos inesperada, sobre todo si tenemos en cuenta que este retroceso se produce, en los albores de la tercera década del recién estrenado milenio, cuando ya casi todos pensábamos que habíamos alcanzado un alto grado de desarrollo político y que nuestros esfuerzos para interponer un abismo muy difícil de salvar entre el imperio de las libertades y su virtual anulación habían, por fin, fructificado².

Pero un tránsito sorprendentemente fugaz se ha consumado a la vista de todos. Este proceso se ha visto favorecido, y en cierto modo también estimulado, por la comprensión o la aquiescencia de una mayoría de ciudadanos que apenas ha opuesto reparos a las decisiones más duras que los gobiernos han adoptado. Unas medidas cuyo resultado más visible –el que más impacto quizá ha causado en la fisonomía de nuestras sociedades– es que se ha puesto fin al derecho de circular libremente y se ha obligado casi simultáneamente a miles de millones de personas a permanecer recluidas en sus casas sin apenas poder salir de ellas.

También hemos visto cómo un número muy importante de seres humanos han sido privados de su derecho a elegir su trabajo y los términos del mismo (lo que afecta particularmente a los que trabajan en el sector de la restauración, y también en otros, que

² Recomiendo la lectura de este documento oficial de la ONU, firmado por Frans Viljoen, en <https://unchronicle.un.org/article/international-human-rights-law-short-history>.

en estos momentos no pueden trabajar en absoluto). Se ha decretado el cierre de las fronteras nacionales, prohibido que los ciudadanos puedan abandonar su país o incluso trasladarse a sus segundas residencias, y han quedado convertidos en papel mojado el derecho de reunión y la libertad de asistir a los actos de culto, que tampoco se pueden ejercer en estos momentos.

En tiempos normales, el más mínimo ataque contra libertades tan fundamentales como estas habría sido seguramente objeto de críticas virulentas, de intensos debates políticos, de recursos judiciales y de múltiples manifestaciones de rechazo. Sin embargo, la restricción al ejercicio de algunos de nuestros derechos más importantes en casi todo el planeta y la consecuente acumulación de poderes por parte de los gobiernos no parecen formar parte en estos momentos del selecto universo de nuestras principales preocupaciones.

A la hora de buscar una explicación a este fenómeno, salta a la vista el hecho de que los ciudadanos, en general y debido a la muy peculiar naturaleza de la amenaza, no somos capaces, ni lo seremos en el futuro, de valorar o verificar si la elección efectuada por los gobiernos a la hora de decidir las medidas para frenar la pandemia es o ha sido suficientemente eficaz para justificar las medidas restrictivas más extremas impuestas a toda la población.

Al contrario, todo indica que el discurso de los gobiernos, que ahora mismo dicen estar anteponiendo el derecho a la vida y a la salud de las personas a cualquier otro tipo de consideración u objetivo político, ha calado hondo en una mayoría de la población, que, con razón o sin ella, piensa que se encuentra al comienzo de una guerra y que, por tanto, es políticamente incorrecto oponerse a los que lideran la batalla y de algún modo encarnan el espíritu de la nación.

Sin embargo, considero un error—especialmente por parte de los juristas—aquietarnos frente a la aparente ineluctabilidad de los hechos, conformarnos con lo que vemos o pensar que la crisis sanitaria universal ha supuesto también la paralización de la maquinaria de cálculo político de los gobiernos y de las oposiciones partidarias. También nos equivocaríamos si pensáramos que el retroceso de las libertades—aunque sea temporal y aunque haya sido imitado con muy pocas diferencias de matices por casi todos los países democráticos—debe ser recibido por la población con algarabía o indiferencia. Pienso, al contrario, que desde el mundo del Derecho se debe propiciar un debate amplio y esclarecedor sobre todo el proceso que ha conducido a la desaparición de nuestras libertades y hacer un esfuerzo especial por comprometer en esta discusión a aquellos que, por su edad, jamás vivieron las penurias de una guerra, o siempre han vivido en libertad y en democracia, y que quizá por ello transitan este singular desafío de la historia con una cierta sensación de deslumbramiento ante la novedad.

Son numerosas y muy variadas las cuestiones políticas y jurídicas relacionadas con la pandemia y con las soluciones puestas en marcha por los gobiernos para hacerle frente. No seremos capaces de analizarlas todas con el rigor y el detalle que cada una de ellas exige y, en muchos casos, deberemos pasar por alto algunos errores de gestión, si es que de verdad queremos evitar poner en riesgo los enormes esfuerzos que previsiblemente demandarán el regreso a la normalidad y la reconstrucción económica de los países afectados.

Pero en un punto hay que ser realistas; gracias a la incapacidad técnica de la mayoría de los electores para evaluar la eficacia de las medidas adoptadas, los gobiernos actuales no tendrán demasiados problemas—una vez que la crisis haya sido superada—para presentarse ante los suyos como salvadores del pueblo. Pocas dudas caben acerca de que los ciudadanos terminarán dándoles la razón, incluso a aquellos que han incurrido en abusos y excesos, y que les permitirán obtener beneficios políticos esenciales en las siguientes elecciones.

Es por todas estas razones que considero imprescindible reflexionar en estos momentos sobre una cuestión que me parece fundamental para afianzar nuestro sistema de convivencia basado en el imperio de la ley. Lo que propongo es aportar, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la construcción de un marco teórico de referencia que nos sirva tanto para juzgar la eficacia, responsabilidad y acierto de quienes han adoptado decisiones durante esta crisis (dejando a un lado la pertinencia o adecuación de las medidas estrictamente sanitarias) como para ayudar a sentar las bases filosóficas y jurídicas de un nuevo y más eficaz sistema universal de protección de los derechos fundamentales.

En estos momentos de acentuada incertidumbre y de creciente centralización del poder, es preciso que los juristas asuman su responsabilidad y se coloquen a la vanguardia de un movimiento universal que abogue por una tutela más intensa y comprometida de nuestros derechos y libertades más fundamentales; un movimiento que ponga el acento especialmente sobre las amenazas que se ciernen sobre nuestro derecho a la intimidad, frente a la creciente intromisión de los gobiernos y las grandes corporaciones a través del tratamiento automatizado de nuestros datos personales.

La primera de estas cuestiones tiene que ver con los límites normativos a las restricciones de derechos y libertades impuestas por la crisis sanitaria. La segunda —estrechamente vinculada con la primera— está relacionada con el peligro que supone para los ciudadanos la inesperada aceleración de la digitalización de nuestras existencias propiciada por la lucha contra la pandemia.

Intentaré reflexionar sobre estas cuestiones en los párrafos que siguen.

II. ¿HASTA DÓNDE SE PUEDEN RESTRINGIR NUESTROS DERECHOS?

A estas alturas del desarrollo de la crisis, parece evidente que la situación política impuesta por el desafío sanitario no solamente debe ser contemplada como una novedosa excepción a las reglas ordinarias del Estado de Derecho, digna de concitar la curiosidad intelectual de los expertos, sino también como un escenario complejo cuya pervivencia en el tiempo favorece el agravamiento sustancial de los factores estructurales de vulnerabilidad que impiden a vastos sectores de la población disfrutar plenamente de sus derechos.

En estos momentos en que algunos países parecen estar superando la epidemia y otros apenas comienzan a enfrentarla, resulta imperativo señalar y advertir sobre los peligros inherentes a las medidas que restringen los derechos y las libertades y reafirmar así nuestra adhesión colectiva a los principios que fundamentan el Estado de Derecho.

Durante este tiempo de crisis hemos visto cómo los diferentes gobiernos han adoptado medidas sumamente gravosas para sus ciudadanos con objeto de hacer frente a la situación de anormalidad³. En muchos casos lo han hecho sin respetar la regla general que obliga a que las medidas adoptadas sean consistentes con el objetivo de superar los presupuestos fácticos que han motivado su adopción⁴; en otros casos, las decisiones de los gobiernos han evidenciado una cierta despreocupación por la vigencia de otra importante regla general, cual es la que les obliga a garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del sistema institucional y de unas libertades mínimas para los ciudadanos.

De algún modo, el implacable progreso del virus, el temor al contagio masivo y, especialmente, la razonable previsión de desbordamiento de la capacidad de respuesta de los sistemas sanitarios nacionales han hecho que los gobiernos se olviden por un momento de que el derecho a la salud se encuentra estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos; en particular, el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

Lo ha afirmado con claridad el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas: “[...] esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud” (Observación General N° 14 de 11 de agosto de 2000)⁵.

Aunque el escenario varía de país en país, de conformidad con sus propias reglas constitucionales, existe actualmente un amplio consenso en torno a que la limitación de los derechos fundamentales debida a la situación excepcional que estamos viviendo no debe traspasar ciertos límites. La cuestión estriba, pues, en encontrar estos límites, saber cuál es el lugar exacto que ocupan entre los mecanismos que tutelan nuestros derechos, y en respetarlos de la mejor manera posible.

Aunque dichos límites existen en el derecho positivo desde hace tiempo y es tarea de los juristas identificarlos, sistematizarlos y establecer su exacto alcance, no han sido los expertos en Derecho sino los de la Organización Mundial de la Salud (la agencia especializada de las Naciones Unidas responsable de la salud pública internacional) los que en esta emergencia han tomado la vanguardia y se han referido a ellos antes que nadie.

³ Por ejemplo, la paralización total de la actividad económica no esencial, medida decretada por el Gobierno español. Ver <https://elpais.com/espana/2020-03-28/el-gobierno-amplia-el-confinamiento-los-trabajadores-de-actividades-noesenciales-deberan-que-darse-en-casa.html>.

⁴ El caso de la provincia argentina de Salta, cuyo gobierno ha decidido imponer a los ciudadanos la obligación de llevar mascarillas sanitarias en sus desplazamientos. Ver en <http://www.salta.gov.ar/prensa/noticias/saenz-anuncio-el-usoobligatorio-del-barbijo-en-toda-la-provincia/69463>.

⁵ El documento de puede consultar en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>.

En estos días, la OMS ha fijado su posición en el tema y lo ha hecho a través de su Director General, Tedros Adhanom Ghebreyesus, invitado estrella al 9½ Foro Jurídico Internacional de San Petersburgo⁶, celebrado a través de videoconferencia entre los días 10 y 12 de abril de 2020. En su intervención, el alto representante internacional ha efectuado un serio llamamiento a los países, para que apliquen las normas preexistentes y para que cada una de las medidas que se adopten para contener la expansión del COVID-19 sean respetuosas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Como es sabido, la propagación del nuevo coronavirus a través del mundo ha obligado a los organizadores del X Foro Jurídico Internacional de San Petersburgo a posponer su celebración –prevista originalmente para el mes de mayo del corriente– para el período comprendido entre el 18 y el 22 de mayo de 2021. Al mismo tiempo de acordar este aplazamiento, se decidió celebrar, durante dos días y a través de la plataforma interactiva, un foro internacional especial (el 9½) dedicado exclusivamente a tratar sobre los acuciantes aspectos legales de la vida social en las condiciones extremas de la pandemia.

En el marco de este foro se ha reflexionado sobre asuntos vinculados a los derechos humanos, la administración pública, la elaboración de las leyes, el funcionamiento del sistema judicial, el espacio informativo, los regímenes de restricciones sanitarias, la ejecución de negocios y otros aspectos del desarrollo de la economía y del Estado en las condiciones de la pandemia. De esta edición especial han tomado parte representantes gubernamentales, de organizaciones internacionales, jueces, asociaciones de abogados y notarios, jefes de empresas y científicos de varios países.

En cuanto al papel de la OMS y en lo que aquí nos interesa, el Director General ha recordado a los países afectados por la pandemia la existencia y vigencia del *Reglamento Sanitario Internacional o RSI (2005)*⁷, un texto acordado por 196 países que, según el Director General, proporciona un marco legal *vital* para todos los Estados miembros a la hora de enfrentarse a emergencias sanitarias mundiales, como la que ha provocado el nuevo coronavirus.

Sobre este reglamento, la OMS ha dicho que su objetivo clave es el de “prevenir y responder a la propagación internacional de enfermedades, mientras se minimiza la interferencia con el tráfico internacional”, que, en el caso especial del nuevo coronavirus, significa el suministro de bienes médicos, alimentos y otros artículos esenciales. En base a esta norma internacional y con el objeto de que las medidas regulatorias puestas en marcha por los diferentes países sean efectivas, la OMS ha pedido a los países en San Petersburgo que las medidas sean “claramente articuladas”, sean también “rápidamente implementadas”, “proporcionadas a las circunstancias” y posean una “duración limitada”.

⁶ Ver <https://spblegalforum.com/>.

⁷ Para descargar el Reglamento Sanitario Internacional o RSI (2005), <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/>.

La organización internacional también ha pedido a los gobiernos ser transparentes con sus ciudadanos, informarles regularmente sobre cómo implementan las medidas y la duración prevista de las mismas, y asegurarles que, una vez la crisis haya sido superada, dichas medidas se van a suspender y la vida podrá volver a la normalidad.

La preocupación de la OMS se debe sin dudas a los excesos y abusos cometidos por algunos gobiernos en la gestión de la crisis sanitaria, entre los cuales, por su potencial dañino de las libertades fundamentales, nos han llamado la atención los siguientes:

1) la decisión del gobierno de Polonia que obliga a las personas sometidas a cuarentena a hacerse una fotografía en el interior de sus casas para probar, a través de una aplicación, que están observando el confinamiento⁸;

2) la decisión del gobierno de Italia de recurrir a la utilización masiva de la geolocalización y la verificación cruzada de los datos personales a fin de identificar a las personas que podrían haber estado en contacto con los enfermos⁹;

3) la decisión del gobierno de España de tratar los datos de geolocalización de unas 10 millones de personas (usuarios de teléfonos y dispositivos móviles) con la finalidad de comprobar la extensión de sus movimientos¹⁰;

4) el anuncio del gobierno de la Argentina de proceder al “ciberpatrullaje”, no solo para controlar a los enfermos sino también para vigilar la actividad de los opositores al gobierno en las redes sociales¹¹;

5) la recomendación del *Comité analyse recherche et expertise* al gobierno de Francia sobre la conveniencia de implementar una estrategia digital para identificar a las personas que han estado en contacto con personas infectadas (geolocalización y la verificación cruzada de los datos personales), o, en fin,

6) la propuesta del Gobernador de la provincia argentina de Jujuy de colocar fajas de clausura en las puertas de las viviendas de las personas infectadas que deben someterse a aislamiento¹².

Afortunadamente, la universalización de los derechos humanos, así como su reconocimiento y tutela a través de acuerdos y documentos internacionales, han propiciado el desarrollo de un entramado normativo bastante sofisticado que nos permite hoy esbozar

⁸ Ver detalles en <https://www.capital.fr/economie-politique/en-pologne-les-contamines-doivent-envoyer-un-selfie-pourprouver-quils-sont-chez-eux-1365670>.

⁹ Ver detalles en <https://www.clubic.com/coronavirus/actualite-889186-coronavirus-geolocalisation-smartphoneuropeens-endiguer-pandemie.html>.

¹⁰ Ver detalles en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20200410/48402692952/geolocalizacion-coronavirusedatos-app-medidas-boe.html>.

¹¹ Ver detalles en https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-sabina-frederic-defendio-ciberpatrullajeadmitio-hablar-humor-social-feliz-_0_sEOYCH5v_.html.

¹² Ver detalles en https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-jujuy-pondra-faja-casas-cumpliendo cuarentena-llegado-provincia_0_YT5zFA4DD.html.

un diseño más o menos estable de los límites jurídicamente posibles a las libertades fundamentales; un diseño capaz de superar las particularidades normativas nacionales y la casuística constitucional de los diferentes países.

III. LA RESPUESTA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las limitaciones de derechos y libertades se justifican, en principio, en el incontestable argumento de que en determinadas ocasiones se requiere poner en vigor medidas restrictivas para proteger la salud pública durante las emergencias que amenazan a ingentes cantidades de población. Este principio general aparece mencionado no solamente en la Observación General N° 14 del 11 de agosto de 2000, sino también en los Artículos 12, 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, aprobado por Resolución N° 2.200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y que ha sido ratificado hasta el momento por 167 Estados.

Es por esta razón que hemos considerado oportuno valorar, en el presente estudio, junto a los instrumentos citados, las normas y criterios establecidos en los denominados *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*¹⁴, que se encuentran recogidos y enumerados en la Nota Verbal de fecha 24 de agosto de 1984, enviada al Secretario General por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra.

Aunque no se trata de un documento internacional vinculante, los *Principios* tienen una gran utilidad a la hora de ensayar una primera respuesta al interrogante que nos hemos planteado y que surge no solo de la limitación general de los derechos, sino –como ya hemos dicho– de una realidad tanto o más preocupante como esta, cual es la especial situación de vulnerabilidad de algunas personas, a los que el Estado debe prestar una atención particular, poniendo por delante su obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Hablamos, cómo no, de personas privadas de libertad, de personas con discapacidad, de adultos mayores, de personas de bajos ingresos, de familias monoparentales, de solicitantes de asilo o de miembros de pueblos indígenas, sin olvidar, por supuesto, las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar que las mujeres y las niñas no sean afectadas de manera desproporcionada.

A continuación, haremos un sucinto repaso de estas normas, procurando poner de relieve en cada caso su alto grado de conexión con la realidad excepcional que en estos momentos viven muchos países, incluidas muchas de las democracias más avanzadas del planeta. Un repaso que, en cualquier caso, ha de ser superficial por cuanto las limitaciones que impone este formato nos impiden acometer en estos momentos un estudio pormenorizado de todas las reglas enumeradas.

¹³ Ver <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

¹⁴ Ver <http://www.eods.eu/library/opendocpdfES.pdf>.

Esta es la razón por la cual, del contenido de los Principios de Siracusa, hemos decidido dejar de lado los principios interpretativos generales relacionados con la justificación de las limitaciones, los principios interpretativos relacionados con cláusulas de limitación específicas y las reglas destinadas a regular las restricciones al juicio público.

Por tanto, en lo que sigue, nos ocuparemos de la definición, precisión y alcance de la expresión “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”, del procedimiento de proclamación, notificación y conclusión de una situación de excepción (incluyendo las compensaciones que el Estado debe a los que han resultado perjudicados por sus medidas), de las normas que sujetan y limitan estrictamente la derogación del PIDCP a las exigencias de la situación excepcional, de los derechos que en ningún caso pueden ser suspendidos, y muy especialmente de lo que el documento llama “principios generales sobre la imposición y aplicación de un estado de excepción y medidas consiguientes de derogación”.

Una primera aproximación a nuestro objeto de estudio obliga a tener presente que los Principios de Siracusa constituyen básicamente un esfuerzo internacional para lograr una aplicación efectiva y una vigencia real de los derechos declarados y protegidos por el PIDCP. El contenido del documento y la oportunidad de su redacción se explican por la necesidad de alcanzar una interpretación uniforme de las limitaciones a los derechos por las razones excepcionales previstas en el Artículo 4º del Pacto.

Los redactores de los Principios de Siracusa se han interesado especialmente por subrayar estas preocupaciones, al decir que su esfuerzo se justifica en “la necesidad de proceder a un examen minucioso de las condiciones y los motivos para las limitaciones y derogaciones permisibles enunciadas en el Pacto a fin de lograr una aplicación efectiva del régimen de derecho. Como ha subrayado con frecuencia la Asamblea General de las Naciones Unidas, la interpretación uniforme de las limitaciones de los derechos del Pacto es de gran importancia”.

El esfuerzo de los 31 expertos distinguidos en derecho internacional que entre abril y mayo de 1984 dieron vida a este documento en Siracusa se concentró en el examen de las limitaciones y derogaciones previstas en el Pacto, con el objeto de identificar:

- 1) sus objetivos legítimos,
- 2) los principios generales de interpretación que rigen su imposición y aplicación, y
- 3) algunas de las características principales de los motivos de limitación y derogación.

En la Parte II de los *Principios*, los redactores se han aproximado a una definición más precisa de lo que en Derecho deben considerarse “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”. A ellas se refiere el Artículo 4º del Pacto y la importancia de su definición conceptual se pone de manifiesto inmediatamente en el momento en que comprobamos que tales situaciones excepcionales –y únicamente ellas– son las que autorizan a los Estados parte a declarar de forma unilateral la suspensión de sus obligaciones.

En tal sentido, el documento internacional dice: “[...] un Estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4º (en lo sucesivo, denominadas ‘medidas de derogación’) cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación”.

Para precisar aún más lo que se debe considerar peligro real o inminente que amenaza la vida de la nación, los *Principios* aclaran que se entenderá por tal aquella situación que:

a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y

b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

La regla general que comentamos se completa con dos importantes observaciones que nos dicen que no se consideran situaciones excepcionales:

1) el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones en virtud del Artículo 4º, y

2) las dificultades económicas por sí solas.

Como es sabido, el Artículo 4º del Pacto autoriza a los Estados partes a suspender de forma unilateral y temporal el cumplimiento de algunas de las obligaciones que le incumben. Pero al mismo tiempo somete tanto a la adopción misma de la medida de suspensión, como a sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias, que incluyen no solamente la exigencia de una derogación “estrictamente limitada a las exigencias de la situación”, sino también –y esto es tan importante como lo anterior– el compromiso de hacer del restablecimiento de la normalidad y de la garantía del regreso al pleno respeto del Pacto “objetivos primordiales” del Estado que ha decidido suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

Las limitaciones interpretativas que excluyen del ámbito de legitimidad del Artículo 4º al conflicto interno y la agitación que no alcancen a representar una amenaza grave e inminente a la vida de la nación y a las dificultades económicas “por sí solas”, tienen, aunque no parezcan, una enorme importancia política en estos momentos, puesto que ya no se trata solamente de discutir si la crisis sanitaria que nos afecta representa o no una amenaza grave e inminente a la vida de la nación, sino también de decidir si la restricción de los derechos puede legítimamente extenderse al período de reconstrucción; es decir, si los gobiernos pueden o no echar mano de sus poderes extraordinarios para conseguir superar las dificultades sociales y económicas provocadas por la crisis ya resuelta.

Las exclusiones de los Principios de Siracusa son, además, especialmente importantes en relación con el derecho interno argentino, toda vez que el régimen constitucional del Estado de Sitio (Artículos 23, 43, 61, 75.29 y 99.16, de la Constitución argentina) distingue claramente entre “conmoción interior” o “ataque exterior”.

En cuanto a las obligaciones formales que se derivan de la suspensión unilateral de las obligaciones del Pacto, merecen destacarse tres:

1) la de efectuar una proclamación oficial de la existencia de una situación de excepción que amenaza la vida de la nación,

2) la de que los procedimientos establecidos para proclamar un estado de excepción en virtud del derecho nacional sean preexistentes a los hechos que motivan la suspensión de Pacto,

3) la de comunicar inmediatamente a los demás Estados partes en él, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, las disposiciones que ha derogado y los motivos por los que lo ha hecho.

De estas tres exigencias, la que ha merecido un desarrollo más pormenorizado por parte de los expertos ha sido la tercera, a la que el documento internacional dedica una particular atención.

Así pues, según los Principios de Siracusa, la notificación deberá contener “suficiente información” para que los demás Estados partes puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto.

En tal sentido, se ha establecido como contenido mínimo de la comunicación el siguiente:

1) las disposiciones del Pacto que han sido derogadas;

2) un ejemplar de la proclamación del estado de excepción junto con las disposiciones constitucionales, la legislación o los decretos que rijan el estado de excepción para ayudar a los Estados partes a comprender el alcance de la derogación;

3) la fecha efectiva de la imposición del estado de excepción y el período para el que ha sido proclamado;

4) una explicación de los motivos que indujeron al gobierno a adoptar la decisión de derogar las disposiciones con una breve descripción de las circunstancias que llevaron a la proclamación de estado de excepción;

5) una breve descripción del efecto previsto de las medidas de derogación sobre los derechos reconocidos por el Pacto, con copias de los decretos proclamados antes de la notificación por la que se suspenden esos derechos.

Según los *Principios*, es posible que, una vez notificados, los Estados partes pidan que se les facilite más información por medio del Secretario General para poder cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto. El incumplimiento de la obligación de notificar inmediata y debidamente a los demás Estados partes la suspensión del Pacto puede acarrear, para quien la incumple, la privación de las defensas que de otra forma dispondría en virtud de los procedimientos previstos el Pacto.

Como hemos visto anteriormente, la derogación del Pacto realizada al amparo del Artículo 4º conlleva la obligación de poner fin a la misma “en el plazo más breve que sea necesario para acabar con el estado de excepción que amenaza la vida de la nación”. Al igual que sucede con la declaración formal de derogación, el final de dicha situación deberá ser notificado a los demás Estados partes por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas.

Los *Principios* ordenan que “una vez que se ha puesto fin a la derogación impuesta de conformidad con el Artículo 4º deberán restablecerse plenamente todos los derechos y libertades protegidos por el Pacto. Tan pronto como sea posible, deberán examinarse las secuelas de las medidas de derogación. Deberán adoptarse medidas para remediar las injusticias y compensar a las víctimas de esta injusticia mientras duraron las medidas de derogación o a consecuencia de ellas”.

Esto quiere decir que el final de la situación de excepcionalidad trae ineludiblemente aparejado el restablecimiento pleno e inmediato de todos los derechos y libertades protegidos por el Pacto, lo que de algún modo pone en entredicho la viabilidad jurídica de una restitución escalonada o progresiva de los derechos suspendidos.

La norma consagra también la obligación del Estado que ha decidido poner fin a la derogación del Pacto de adoptar medidas para remediar las injusticias y compensar a las víctimas de estas injusticias. Es decir que si tomamos como referencia la crisis sanitaria que estamos viviendo y consideramos, a efectos puramente teóricos, que medidas como el confinamiento o la paralización de la actividad económica son “justas”, la pérdida del empleo o de las rentas de cualquier naturaleza o incluso el menoscabo de la salud psicológica de las personas a causa del prolongado encierro, en tanto consecuencias injustas o no queridas de las anteriores medidas “justas”, deben ser objeto de una compensación por parte del Estado responsable de haber adoptado estas medidas.

Particular atención merecen las reglas internacionales que consagran el principio de proporcionalidad—de profundo arraigo en el derecho internacional—y establecen límites generales y específicos a las medidas que los gobiernos pueden adoptar en situaciones de excepcionalidad.

En tan sentido, los Principios de Siracusa establecen:

1) La gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptarán a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza a la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance.

2) Las autoridades nacionales competentes tendrán el deber de evaluar individualmente la necesidad de toda medida de derogación que se adopte o proponga para hacer frente a peligros concretos planteados por la situación de excepción.

3) Las exigencias de la situación no requieren estrictamente una medida cuando baste con las medidas normales permisibles en virtud de las cláusulas de limitación del Pacto para hacer frente a la amenaza de la vida de la nación.

4) El principio de la necesidad estricta se aplicará de manera objetiva. Toda medida responderá a un peligro real, claro, presente o inminente y no se podrán imponer simplemente por temor a un posible peligro.

5) La constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión pronta periódica e independiente, por la legislatura, de la necesidad de dichas medidas de derogación.

6) Las personas que pretenden que las medidas de derogación que les afectan no son estrictamente necesarias en la situación de que se trate dispondrán de recursos efectivos.

7) Para determinar si las medidas de derogación son estrictamente necesarias dadas las exigencias de la situación, no se podrá aceptar como concluyente el juicio de las autoridades nacionales.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 14 del 11 de agosto de 2020, ha hecho hincapié en que la cláusula limitativa del Artículo 4° del PIDCP tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados. El documento pone como ejemplo las medidas de restricción de la circulación o el encarcelamiento de personas con enfermedades transmisibles como el VIH/SIDA adoptadas por un Estado parte que no permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público. En casos como estos, el Estado parte tiene la obligación de justificar la adopción de esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el Artículo 4°. Es decir, que las restricciones “deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto, en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

En la misma línea, la Observación General N° 14 establece que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 5°, “esas limitaciones deberán ser proporcionales”; es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. En general, incluso cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser temporal y estar sujeta a revisión.

Desde una perspectiva más general se puede afirmar que, a la luz de los Principios de Siracusa y de la Observación General N° 14 del CESCR, las restricciones a la vigencia de los derechos tutelados por el PIDCP deben:

- 1) llevarse a cabo de conformidad con la ley,
- 2) ser negociadas,
- 3) constituir un objetivo que ha sido declarado por el mayor número de personas que represente el interés general,
- 4) ser dejadas de lado cuando existan a disposición de los gobiernos medidas o recursos menos intrusivos o menos gravosos para lograr el mismo resultado,
- 5) ser impuestas de manera igualitaria y nunca de manera arbitraria o discriminatoria.

Existe también a nivel internacional un área especialmente protegida que está constituida por aquellos derechos de no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de extrema gravedad.

Los Principios de Siracusa dicen al respecto que ningún Estado parte, ni siquiera en situaciones de excepción que amenacen la vida de la nación, podrá suspender las garantías contenidas en el Pacto con respecto:

- 1) al derecho a la vida;
- 2) al derecho a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- 3) al derecho a no ser sometido sin libre consentimiento a experimentos médicos o científicos;
- 4) al derecho a no ser sometido a la esclavitud ni a ser servidumbre no voluntaria;
- 5) al derecho a no ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual;
- 6) al derecho a no ser condenado a una pena más grave en virtud de una legislación penal retroactiva;
- 7) al derecho a ser reconocido como una persona ante la ley; y
- 8) al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Según la terminología empleada en los *Principios*, estos derechos “no admiten derogación en ninguna condición aun cuando se afirme que su propósito sea defender la vida de la nación”.

Por otro lado, se recoge en la norma que los Estados partes en el Pacto, como parte de su obligación de asegurar el goce de estos derechos a todas las personas sujetas a su jurisdicción (Artículo 2º, párrafo 1) y de adoptar medidas que garanticen un recurso efectivo contra las violaciones (Artículo 2º, párrafo 3), adoptarán precauciones especiales en situaciones de excepción para asegurar que no haya grupos oficiales ni semioficiales que practiquen ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales o provoquen desapariciones involuntarias, que las personas detenidas estén protegidas contra la tortura y otras formas de trato o penas crueles, inhumanas o degradantes y que no se sentencie o condene a nadie en virtud de leyes o decretos de efecto retroactivo.

Seguidamente, los Principios de Siracusa establecen que los tribunales ordinarios del país mantendrán su jurisdicción, incluso en un estado de excepción, a fin de proceder a juzgar cualquier denuncia de violación de un derecho inderogable. Sin embargo, como ya hemos visto, se ha de tener en cuenta siempre que el juicio de las autoridades nacionales, a la hora de determinar si las medidas de derogación son estrictamente necesarias dadas las exigencias de la situación, no se podrá aceptar como concluyente.

En su parte final, el documento internacional, con el título “Algunos principios generales sobre la imposición y aplicación de un estado de excepción y medidas consiguientes de derogación”, detalla una serie de importantísimos principios jurídicos que contribuyen a afianzar la idea de que el estado de excepción, aun en el supuesto de restricciones muy severas de derechos y libertades, está sometido a la ley y a principios jurídicos de aplicación general como el de la buena fe, el de la interpretación restrictiva de las derogaciones excepcionales que se practiquen o la carga de justificar las acciones que se adopten en virtud de la ley.

Entre estos principios, sobresalen los siguientes:

- 1) La derogación de los derechos reconocidos en virtud del derecho internacional para hacer frente a una amenaza a la vida de la nación no tiene lugar en un vacío jurídico.

Está autorizada por la ley y, por lo tanto, está sometida a diversos principios jurídicos de aplicación general.

2) La proclamación de un estado de excepción se hará de buena fe, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación, a fin de determinar hasta qué punto plantea una amenaza a la vida de la nación. La proclamación de un estado de excepción y las derogaciones consiguientes de las obligaciones internacionales que no hayan sido efectuadas de buena fe se consideran violaciones al derecho internacional.

3) Las disposiciones del Pacto que permiten ciertas derogaciones en un estado de excepción deben interpretarse de manera restrictiva.

4) En un estado de excepción deberá prevalecer siempre el imperio de la ley. La derogación constituye una prerrogativa autorizada y limitada para responder adecuadamente a una amenaza a la vida de la nación. Al Estado que haga una derogación le incumbirá la carga de justificar sus acciones en virtud de la ley.

5) La proclamación de buena fe de un estado de excepción permite suspender obligaciones específicas del Pacto pero no autoriza una inobservancia general de las obligaciones internacionales. En los párrafos 1, 2 y 5 del Artículo 4º se prohíben expresamente las derogaciones que sean incompatibles con otras obligaciones en virtud del derecho internacional. En este sentido, deben tenerse especialmente en cuenta las obligaciones internacionales aplicables en un estado de excepción en virtud de los Convenio de Ginebra y de la OIT.

IV. CONCLUSIÓN

Los Principios de Siracusa han sido elaborados en respuesta a las preocupaciones que genera la violación de los derechos humanos individuales en que pueden incurrir los Estados cuando adoptan medidas para proteger valores superiores, como la vida de la nación o la integridad física de los individuos que la componen.

Considerados en su conjunto, los *Principios* pueden ser interpretados como un intento de forzar una atención extrema al equilibrio entre los derechos y libertades de los individuos y el interés del Estado en asegurar el bienestar de la mayor cantidad de ciudadanos.

En el contexto de las limitaciones de derechos realizadas en nombre de la salud pública, los Principios de Siracusa exigen que cualquier medida de restricción de los derechos humanos sea adoptada y puesta en acción de acuerdo con la ley, observando sus principios y finalidades, en dirección a un objetivo legítimo de interés general, y limitada a lo que, en una sociedad democrática, sea estrictamente necesario para alcanzar dicho objetivo.

En este sentido, el cumplimiento de las directrices internacionales expresadas en los Principios exige la elección de las medidas menos invasivas y restrictivas, basadas solo en evidencias científicas, que sean al mismo tiempo limitadas en cuanto a su duración, respetuosas de la dignidad humana y siempre sujetas a revisión. Estas exigencias excluyen a cualquier medida arbitraria o discriminatoria.

La pandemia del COVID-19 no es la primera ocasión en la que los Principios de Siracusa han sido invocados como parámetros de control de legalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas adoptadas por los gobiernos con ocasión de una amenaza a la salud pública. Ya en ocasiones anteriores los expertos han reflexionado sobre las limitaciones a los derechos y libertades individuales en relación con las epidemias de HIV, del virus del Ébola y el rebrote de la tuberculosis.

Precisamente esta última enfermedad ha dado lugar a un interesante estudio pormenorizado¹⁵ que examina las circunstancias en las cuales, a la luz del derecho internacional, son admisibles las medidas coercitivas aplicadas a quienes padecen esta enfermedad. El estudio analiza medidas que incluyen los exámenes médicos obligatorios, las cuarentenas compulsivas, los aislamientos o incluso la detención de personas infectadas. Los autores del estudio entienden que todas estas medidas se pueden llegar a adoptar para limitar la libertad individual de movimiento y otros derechos humanos de las personas afectadas de tuberculosis, a fin de proteger el derecho a la salud de otros miembros de la población y tutelar la salud como un bien público.

Pero los autores también utilizan el marco teórico de los Principios de Siracusa para analizar los potenciales límites, y en tal sentido reflexionan que, para cumplir con la primera directriz, el país que busca establecer restricciones de derechos para garantizar la salud pública debe promulgar una ley que describa con la mayor precisión qué personas podrían ser objeto de un tratamiento médico involuntario. La norma debería también describir el proceso para la toma de decisiones en tal sentido y asegurar que personas que están privadas de algunas de las libertades básicas puedan disponer de una representación legal en orden a la defensa de sus derechos. Los Estados deben también controlar que el confinamiento (o, en su caso, el tratamiento) se lleve a cabo de una manera segura y humana, y brindar oportunidad a las personas afectadas de cuestionar la legalidad de su detención.

Junto a las anteriores garantías procesales, el estudio contempla exigencias de carácter sustantivo, como la de que el “objetivo legítimo de interés general” al que alude la norma consista en un problema que afecte directamente al bienestar de toda la población. Por su parte, para cumplir con el requisito de “necesidad”, se exige que las medidas que limitan los derechos humanos de los enfermos e infectados sean adoptadas en respuesta a “una amenaza demostrable para la salud pública”. En esta línea de razonamiento, medidas coercitivas –como la detención o el aislamiento obligatorio– solo estarían justificadas en el supuesto de que se pudiera demostrar, caso por caso, que un paciente infectado en particular rechaza el tratamiento o que una persona sospechosa de haber contraído la enfermedad se niega a someterse a cualquier forma de diagnóstico. En este sentido, el documento aboga por una definición legal, codificada y preexistente de lo que debe entenderse

¹⁵ Boggio, Andrea; Zignol, Matteo; Jaramillo, Ernesto; Nunn, Paul; Pinet, Genevieve y Raviglione, Mario, en “Limitations on human rights: are they justifiable to reduce the burden of TB in the era of MDR- and XDR-TB?”, *Health and Human Rights*, Vol. 10, N° 2, 2008.

por “paciente sospechoso”, de modo que cualquier medida involuntaria inicial debe estar estrictamente limitada en duración y alcance a lo que resulta necesario para determinar si el individuo es o no portador de la enfermedad.

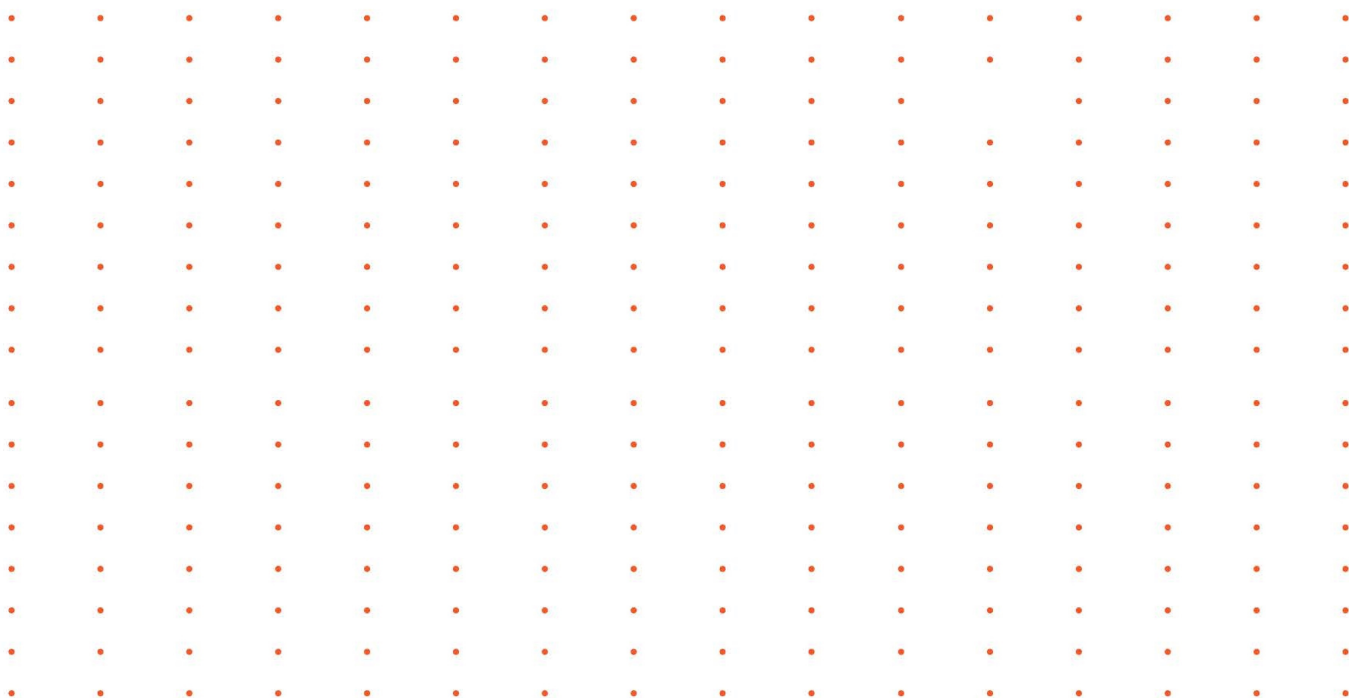
Finalmente, y en orden a demostrar que las medidas adoptadas han sido las menos intrusivas y restrictivas de derechos, el gobierno debería considerar una serie de factores, que incluyen el historial de tratamiento de los pacientes (rechazo o cumplimiento), su ubicación y el número de personas que podrían resultar infectadas. La consideración de estos factores no solo debería contribuir a la necesaria justificación de las medidas restrictivas adoptadas, sino también ayudar a elaborar el lenguaje sobre las limitaciones admisibles de la libertad individual. Los requisitos de no discriminación y duración limitada deben abordarse principalmente a través de las garantías procesales descritas anteriormente.

En síntesis, se puede afirmar que ni la urgencia ni la gravedad de la pandemia autorizan a los gobiernos a ignorar los compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos. Y que si bien una restricción de libertades y derechos fundamentales es posible y a veces necesaria para enfrentar una amenaza de semejante envergadura, ningún gobierno puede proceder como si tuviera las manos libres, sin someter sus decisiones al filtro de la legalidad internacional. En tal sentido, las reglas contenidas en los Principios de Siracusa, que aquí se han examinado, permiten elaborar un marco jurídico de referencia para juzgar en cualquier momento la adecuación de las medidas restrictivas a los objetivos que se propone y para evaluar el desempeño de los gobiernos y de sus líderes frente a una emergencia que, si bien demanda decisiones urgentes y ejecutivas, obliga también a tener en cuenta una serie de requisitos y exigencias, entre formales y sustantivos, que aseguran que la eficacia de las medidas es reforzada en todo momento por su legitimidad, su justicia y su respeto por las normas que entre todos nos hemos comprometido a observar.

Las páginas que conforman este libro recogen el pensamiento -con variantes e ingredientes jurídicos, políticos y económicos- de diversos autores y profesores que proponen, para la discusión, instrumentos y medidas no sólo para enfrentar la pandemia en sus horas críticas, sino también para enfrentar una situación igual o todavía más grave: la pospandemia.

Auspiciantes

- Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE)
- Comitato per le regole comuni negli investimenti e infrastrutture tra Italia e America Latina (CRIA)



Ediciones Rap s.a.
Talcahuano 638 - Piso 4, Of. H.
(C1013AAN) - Ciudad de Buenos Aires - Argentina
(54-11) 4373-6210 / 4373-1703 / 4373-1677
consulta@revistarap.com.ar
www.revistarap.com.ar

ISBN 978-987-694-024-5

