

---

## Aforismos en tiempos de pandemia

Por NICOLÁS DIANA

---

Cualquiera sea la base del sistema jurídico del país que se trate –v.gr. civilista, *common law* y, en especial, los modelos mixtos, híbridos o impuros, con mayor inclinación a uno u otro sistema– el impacto de la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 y la pandemia generada por el COVID-19 ha sido un hecho imprevisto, extraordinario e insuperable.

En tiempos de crisis global, mucho se ha escrito y mucho se escribirá en torno a la teoría –en rigor de verdad, práctica– de la imprevisión y su aplicación tanto a contratos privados como públicos.

Es una cuestión fáctica indubitable que, a nivel global, el espacio físico de interacción social se ha visto modificado y quebrado por el distanciamiento y/o distanciamiento social adoptados como medidas de prevención, limitación y/o restricción del contacto entre personas humanas –vectores principales para la transmisión del COVID-19–.

El golpe provocado por la pandemia abarca toda la vida de relación de las personas (humanas y jurídicas) también dentro del campo jurídico, entendido como “*un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al estado, que puede recurrir al ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada... por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él... [y] por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.*”<sup>1</sup>

El término *emergencia*, según el Diccionario de la Lengua Española, se define, en su tercera acepción, como una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.<sup>2</sup>

Al decir de BORGES, no hay en la tierra una sola página, una sola palabra que sea sencilla, ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad.<sup>3</sup> Toda

---

<sup>1</sup> BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en BOURDIEU, PIERRE/TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Uniandes, 2000, pp, 158-159.

<sup>2</sup> Recuperado de: <https://dle.rae.es/?w=emergencia>

<sup>3</sup> BORGES, JORGE LUIS, Prólogo a “El informe de Brodie,” *Obras completas*, v. 2, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 399.

---

situación o estado de emergencia es compleja, en las circunstancias que la justifican, en el alcance de las medidas que traducen las acciones inmediatas a implementarse y su control judicial.<sup>4</sup>

Si algo ha caracterizado a nivel mundial el *shock* del COVID-19 es que ha sido transversal a todos los países, y aunque se la caracterizó –en principio– como una enfermedad democrática, quienes han sufrido, sufren y sufrirán en mayor proporción las consecuencias serán los Estados y las personas menos aventajadas.

La pandemia y sus efectos deben verse y analizarse en sus aristas políticas, económicas, políticas, sociales y culturales de la emergencia, sin excluir una de otras. Esto así, porque lo imprevisto de la irrupción de la enfermedad y la progresión de las medidas implementadas –todas ellas con un contorno jurídico determinado, dinámico y que ha ido variando durante el tiempo transcurrido desde marzo de 2020 al presente– encuentran en el derecho un eje común en el que la sociedad ha volcado sus expectativas y lo seguirá haciendo.

Desde el punto de vista político –y, es claro, desde el plano jurídico en tanto derecho entendido como cauce formal del funcionamiento del Estado y de sus poderes– hay una tendencia creciente y global a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno,<sup>5</sup> no por la pandemia. Esa tendencia, Estados Unidos la verificó ostensiblemente luego del atentado a las torres gemelas en New York en 2001, a través de la dicotomía libertad (civil) *vis-a-vis* seguridad<sup>6</sup> reconocida legislativamente en la “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*”.<sup>7</sup> Hoy el antagonismo estaría dado entre libertad (económica) *vis-a-vis* vida (salud).

El derecho argentino posee herramientas propias para canalizar las demandas en épocas de emergencia, en tanto los hechos que las provoquen sean transitorios, no permanentes y extraordinarios. Cuando aquello que no debía ni se pensaba que iba a acaecer surge y *emerge irresistiblemente* sobre la realidad, las personas y los proyectos individuales y colectivos, los remedios a aplicarse deben ser tan extraordinarios como los hechos que los han motivado.

---

<sup>4</sup> Ver, al respecto: YLARRI, JUAN SANTIAGO, *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2019.

<sup>5</sup> Cfr. AGAMBEN, GIORGIO, “La invención de una epidemia”, Rosario12, 5-III-20, recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/250990-la-invencion-de-una-epidemia>

<sup>6</sup> Por todos ver: COLE, DAVID, “Enemy Aliens,” *Stanford Law Review*, 54:953 (2002), recuperado de: <https://www.law.stanford.edu/lawreview/content/vol54/Cole.pdf>.

<sup>7</sup> Cfr. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>; complementada, entre otras normas, por la “*Protect America Act of 2007*”, recuperada de: <https://www.justice.gov/archive/ll/docs/text-of-paa.pdf>.

Sin entrar en el encuadre del COVID-19 (o el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”<sup>8</sup>) como caso fortuito o fuerza mayor<sup>9</sup> morigerador del incumplimiento o extintivo de las obligaciones contractuales bajo ciertos presupuestos, el Código Civil y Comercial contiene al menos tres prescripciones de carácter general que hacen también a la eventual terminación o adecuación: (i) cláusula resolutoria implícita -arts. 1088 y 1089- ; (ii) frustración del fin del contrato -art. 1090-, y (iii) imprevisión -art. 1091-. A saber:

**ARTICULO 1088. Presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita.** *La resolución por cláusula resolutoria implícita exige: a) un incumplimiento en los términos del artículo 1084. Si es parcial, debe privar sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato; b) que el deudor esté en mora; c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.*

**ARTICULO 1089. Resolución por ministerio de la ley.** *El requerimiento dispuesto en el artículo 1088 no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales.*

**ARTICULO 1090. Frustración de la finalidad.** *La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

**ARTICULO 1091. Imprevisión.** *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.*

<sup>8</sup> Cfr. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20, sus modificaciones, prórrogas y normas complementarias.

<sup>9</sup> Reglado en el art. 955 del Código Civil y Comercial, en tanto prevé que: “La imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.”

Se lo debe distinguir del supuesto regulado en el art. 956, en tanto establece que: “La imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.”

---

Cabe tener presente, en lo que hace a los contratos administrativos, en materia de obra pública, la Ley N° 13.064 en su art. 39 establece *“un régimen de excepción -modificadorio de los principios del derecho común- éste debe ser interpretado en forma restrictiva. Ello es así ya que, a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el que el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación jurídica en la cual, a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones... en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado.”*<sup>10</sup>

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el [Decreto Delegado N° 1023/01](#), en su art. 13, reconoce sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, que el cocontratante tendrá: *“...a) El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo.”*

A su vez, la [Ley N° 27.328](#) que regula los Contratos de Participación Público – Privada establece en el art. 9°, que aquellos deberán contener entre otras previsiones, *“...b) El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato...”*. Agregando su reglamentación aprobada por el [Decreto N° 118/17](#), que *“7. Preservación de la Ecuación Económico-Financiera. El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP.”*

La imprevisión no puede predicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda*.<sup>11</sup>

La seguridad jurídica constituye uno de los valores que permite resguardar idóneamente los derechos y obligaciones emergentes de los contratos y resulta un elemento vital para la existencia de una economía de mercado, empero cuando circunstancias sobrevinientes producen el desquiciamiento del contrato su revisión resulta viable tanto

---

<sup>10</sup> Fallos, 319:1681 (1996).

<sup>11</sup> Fallos, 301:525 (1979).

---

por la acción basada en la imprevisión contractual, como por la frustración de su finalidad o el uso abusivo del derecho.<sup>12</sup>

La imprevisión provocada por la excesiva onerosidad queda solapada, en el escenario económico actual inflacionario y devaluatorio, con restricciones de acceso al crédito y poca o nula inversión privada, por la frustración de la finalidad del contrato motivada por la alteración de carácter extraordinario de las circunstancias que se agravaron todavía más en estos noventa días de pandemia declarada.<sup>13</sup>

Imposible poder prever una eventualidad como la actual, su magnitud, la incidencia negativa sobre los derechos y la consiguiente adopción de diligencia alguna que exigían las excepcionales circunstancias de persona, tiempo y lugar frente al COVID-19.<sup>14</sup> Esto así tanto para contratos privados como administrativos.

Tan es así, que el peso de las economías encuentra a los Estados nacionales en una posición activa y en algunos pasiva,<sup>15</sup> donde cualquier regulación anterior y las medidas de fomento pensadas para la normalidad o bien para ciertas actividades (sectoriales) a más de insuficientes, son inadecuadas.

En la Unión Europea, por caso, desde el punto de vista económico se han adoptado medidas de carácter general y comunitario: (i) apoyo al empleo, a las empresas y la economía, por un importe de € 540.000 millones; (ii) flexibilidad en la normativa de la UE, autorizando medidas de ayuda estatal para prestar apoyo a empresas y trabajadores nacionales; (iii) activación de la cláusula general de salvaguardia de las normas presupuestarias de la UE para permitir el aumento del gasto nacional; (iv) modificación de la reglamentación de los fondos estructurales para permitir transferencias entre fondos y regiones; y (v) aplicación de € 750.000 millones para el programa de compras de emergencia frente a la pandemia emprendido por el Banco Central Europeo.<sup>16</sup>

En ese marco, al momento en que se escribe el presente, con la finalidad de apoyar a la ciudadanía, las empresas y los países de la UE a recuperarse de la coyuntura desfavorable causada por la pandemia de COVID-19, los dirigentes de la UE convinieron en trabajar en un plan de recuperación para Europa que incluye un presupuesto a largo plazo de la UE revisado de € 1,1 billones de euros para 2021-2027 y un refuerzo temporal de € 750.000 millones de euros (*Next Generation EU*).<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> *Fallos*, 331:1040 (2008), voto del Dr. Zaffaroni, cons. 15).

<sup>13</sup> Cfr. Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20, publicado en el B.O. 12-III-20.

<sup>14</sup> *Arg. Fallos*, 300:273 (1978).

<sup>15</sup> El caso de Brasil, lamentablemente, resulta paradigmático.

<sup>16</sup> Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/covid-19-eu-emergency-response/>

<sup>17</sup> Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/coronavirus/>

---

A nivel nacional, han sido tres las políticas que se repiten a nivel global, y todas ellas descansan en la inyección de recursos estatales: (i) paquetes fiscales, (ii) garantías de créditos, y (iii) reducciones de tasas.<sup>18</sup> Lejos estamos del respaldo presupuestario, económico y financiero que poseen gran parte de los países europeos y de las economías más aventajadas. Eso conforma un techo muy bajo en el alcance de los remedios generales y sectoriales que puedan proyectarse y efectivamente ejecutarse.

Las medidas implementadas por Alemania<sup>19</sup> y Francia,<sup>20</sup> por tomar dos casos testigos, se emparentan con las medidas aplicadas por la Argentina,<sup>21</sup> con las diferencias —es claro— que el *respaldo fiscal* de cada país tiene para enfrentar la crisis post-pandemia y el nivel de descentralización administrativa de la inversión y el gasto.

En España, el Real Decreto N° 8/2020, vigente desde el 18 de marzo, estableció una serie de medidas orientadas a: (i) reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; (ii) apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y (iii) reforzar la lucha contra la enfermedad.<sup>22</sup>

La cuestión está dada hoy, pero en especial en los próximos meses, en repensar la relación público – privada más allá de la suficiencia o no de las medidas implementadas por los Gobiernos, en general y la República Argentina, en particular, frente a una nueva normalidad transversal a todos los planos en los que se desenvuelven las relaciones sociales.

Las instituciones humanas —especialmente el derecho— no son racionales en sí mismas, somos nosotros quienes podemos decidir luchar para darles una racionalidad progresiva.<sup>23</sup>

Las medidas excepcionales son el resultado de períodos de crisis (*v.gr.* política, económica, social, financiera, sanitaria) y, como tales, deben entenderse en las circunstancias extraordinarias que las motivan y que no necesariamente se corresponden jurídicamente con el ideal constitucional. Las medidas todas ellas sean o no económicas, entonces, se encuentran en la posición paradójica de ser medidas

---

<sup>18</sup> Cfr. Centro de Economía Política Argentina (CEPA), “¿Qué hacen los países frente a la pandemia?”, 10-IV-20, recuperado de: <https://centrocepa.com.ar/informes/255-que-hacen-los-paises-frente-a-la-pandemia.html>

<sup>19</sup> Cfr. <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/04/germany-government-and-institution-measures-in-response-to-covid.html>

<sup>20</sup> Cfr. <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/04/france-government-and-institution-measures-in-response-to-covid.html>

<sup>21</sup> Cfr. <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/04/argentina-government-and-institution-measures-in-response-to-covid.html>

<sup>22</sup> Cfr. Texto consolidado recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/17/8/con>

<sup>23</sup> Cfr. POPPER, KARL R. (trad. LEODEL, EDUARDO), *La sociedad abierta y sus enemigos*, parte II, *La pleamar de la profecía*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1985, p. 438.

---

jurídicas que no pueden entenderse en términos legales, y el estado de excepción aparece como la forma legal de lo que no puede tener forma legal.<sup>24</sup>

En la Argentina de 2020, la normalidad está signada por el estado de emergencia,<sup>25</sup> en una racionalidad difícil de entender desde el derecho comparado y que suena incluso paradójica a la mirada externa.<sup>26</sup>

La doctrina de la emergencia económica se debe fundar en la verificación de hechos insuperables, que ponen al límite la existencia de la Nación y del Estado.

Estos argumentos –lamentablemente– son fáciles de identificar, porque responden a nuestra realidad recurrente y a los errores que nadie asume, y que cada gobierno de turno carga de su anterior. Las responsabilidades nunca aparecen, pero tampoco el diálogo entre los operadores jurídicos y políticos, antagónicos, en una sociedad igualmente dividida, sin debates, con conflictos en un consenso mínimo y básico que parece no existir. Se ha reconocido que *“una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.”*<sup>27</sup>

La sociedad argentina sigue siendo –pandemia mediante– una comunidad de palabras en silencio.<sup>28</sup> Palabras que, pasados más de tres meses de la declaración de la emergencia sanitaria por el COVID-19, empiezan a resultar insuficientes y contradictorias en la percepción diagnóstica y tratamiento ya no de la enfermedad cuyo pico es aún incierto, pero con transmisión comunitaria focalizada. Insuficiencia y contradicción que denotan el antagonismo de una sociedad fragmentada en sus vínculos y quebrada en lo económico, donde el equilibrio no es la constante sino también una excepción.

Como hemos indicado anteriormente, la pandemia nos ha dado la oportunidad de ver la dinámica social, política, económica y jurídica en tiempo real, en paralelo. Nos muestra sin filtros la distancia entre lo que la Constitución Nacional nos propone para su Pueblo, a más de 167 años de habernos organizado políticamente, frente a lo que somos.

---

<sup>24</sup> Cfr. AGAMBEN, GIORGIO (ATELL, KEVIN -trad.-), “The State of Emergency as a Paradigm of Government Is the ‘state of exception’ now the rule?”, University of Chicago Press, 2005.

<sup>25</sup> En el orden nacional, el art. 1° de la Ley N° 27.541 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó en el PEN, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2020. Por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19.

<sup>26</sup> Cfr. LELL, HELGA MARIA, “A Different Kind of “Emergency Law”: The Days of Coronavirus in Argentina”, en *The Corona Crisis in Light of the Law-as-Culture Paradigm*, p. 2, recuperado de: <http://www.recht-als-kultur.de/de/aktuelles/>

<sup>27</sup> MILIKER, MARÍA E, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (diciembre).

<sup>28</sup> Cfr. DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica,” en *RPA*, 2009-2 y 3, p. 73 y ss.; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *RPA*, 2007-1, p. 93 y ss.



---

La responsabilidad es de toda la sociedad en su conjunto.

No se trata, al decir de HOLMES y SUNSTEIN, de pensar los derechos económicos, sociales y culturales como una concesión dada por un intercambio subalterno por el cual el gobierno y los ciudadanos contribuyentes compensan a los pobres por recibir menos valor que los derechos que poseen los más aventajados o un mero reconocimiento simbólico. Todos los derechos son derechos positivos financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar (individual y colectivo).<sup>29</sup>

El derecho administrativo como derecho constitucional concretizado, en la máxima acuñada por FRITZ WERNER en 1959, tiene así la responsabilidad primaria inmediata y mediata de conformar la amalgama social que sirva de base suficiente para encauzar las acciones de gobierno dentro del Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de Derecho (*v.gr.* en todos los niveles y jurisdicciones).

No obstante ello, la sola formalidad del derecho no alcanza para prevenir o remediar los efectos de una crisis presente, cuya exacerbación parece irresistible.

Son los derechos constitucionales en ciernes, en especial, los derechos a la vida y de trabajar y ejercer toda industria lícita (arts. 14, 17, 31 y 75 inc. 22), el prisma bajo los cuales debe cotejarse la racionalidad de las medidas y el alcance de los remedios implementados y a implementarse en el marco de una agenda pública ordenada y consensuada entre los distintos niveles de gobierno y jurisdicciones.<sup>30</sup>

Esto requiere, necesariamente, que para encontrar “*maneras alternativas de ver los fenómenos [se deba] imaginar que las cosas pueden ser de otra manera. Exhibir los motivos de la creencia en los paradigmas históricos, las influencias institucionales, el poder y las opiniones es reducir un fenómeno a otra cosa, como hace el ironista. Esto no es otra cosa que una disminución de la legitimidad que la autoridad obtiene de la creencia de su facticidad.*”<sup>31</sup> Esa disminución aparente inicial de la legitimidad opera como un refuerzo todo el proceso de toma de decisiones que se construye en el consenso colectivo que exige la aceptación de restricciones individuales en la emergencia.

La aceptación de restricciones es relativa y plausible cuando quien cede derechos o privilegios tiene algún remanente de derechos o privilegios respecto a ciertos bienes sobre los cuales mantiene esa titularidad o ejercicio. La aceptación de las mismas

---

<sup>29</sup> HOLMES, STEPHEN/SUNSTEIN/CASS R. (MASTRANGELO, STELLA -trad.-), *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 69.

<sup>30</sup> Ampliar en POST, ROBERT/SIEGEL, REVA (GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO -trad.-), “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 129 y ss.

<sup>31</sup> GUSFIELD, JOSEPH R. (ARIÓN, TERESA -trad.-), *La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 308.



---

restricciones es baja y poco plausible en tanto a quien se le exige compulsivamente esa cesión nunca fue titular o ejerció derecho o privilegio sobre algún bien, o como está sucediendo regresivamente si lo fue los perdió con causa o como consecuencia de la crisis del COVID-19 o por la exacerbación de la crisis anterior y que continúa.

Estamos, quizás, ante un punto de inflexión político y social que requiere analizar y revisar los criterios de asignación de bienes públicos y privados, confrontando el antagonismo entre la igualdad de oportunidades (meritocrática) y la igualdad de posiciones.

La igualdad de posiciones parece ser un *“proyecto más sólido y más generoso que la igualdad de posibilidades. Es más sólido porque induce a un contrato social más abierto, a condición de mirar con mayor atención las políticas de ingresos, de protecciones y de transferencias sociales. El modelo de igualdad de oportunidades parece decir siempre, al final, que uno no les debe nada a los demás y que es libre de toda deuda. Pero se olvida demasiado que las oportunidades individuales se benefician de las inversiones colectivas. El buen éxito de algunos no habría sido posible sin el capital colectivo de las infraestructuras, de los equipos, de la cultura y de las instituciones que les han permitido fructificar sus talentos. La justicia de las posiciones es más generosa porque no permite olvidar lo que debemos a los otros; recuerda que la producción de los vencedores no exige el sacrificio de los vencidos.”*<sup>32</sup>

Es momento, probablemente, no de abandonar la lucha por el derecho y la justicia, sino de repensarla, observándola a partir de la fraternidad, lo que nos une en comunidad más allá de las diferencias y provoca un justo medio entre la libertad y la igualdad. También pensar la solidaridad como un valor clave para superar la pandemia.<sup>33</sup>

El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.<sup>34</sup>

La persona humana es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.<sup>35</sup>

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y destacado la obligación impostergable que tiene

---

<sup>32</sup> DUBET, FRANÇOIS (GRIECO Y BAVIO, ALFREDO -trad.-), *Repensar la justicia social contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017, p. 114.

<sup>33</sup> Cfr. BRITTON-PURDY, JEDEDIAH, “The Only Treatment for Coronavirus Is Solidarity”, 13-III-20, recuperado de: <https://jacobinmag.com/2020/03/coronavirus-donald-trump-solidarity-profits>

<sup>34</sup> Fallos, 302:1284 (1980); 310:112 (1987).

<sup>35</sup> Fallos, 316:479 (1993).

---

la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.<sup>36</sup>

El derecho sigue siendo aún una herramienta social fabulosa, pese a las graves fallas que posee su utilidad es indiscutible.<sup>37</sup> Apelamos al diálogo político inicial al tiempo de la declaración de la emergencia sanitaria nacional y la racionalidad dada por priorizar el derecho a la vida, entre las distintas jurisdicciones.

El horizonte parece estar nublado hoy, pero cuando los ojos están ciegos, es necesario buscar con el corazón.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> *Fallos*, 323:3229 (2000); 321:1684 (1998) y 323:1339 (2000).

<sup>37</sup> NIETO, ALEJANDRO/GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>38</sup> DE SAINT-EXUPÉRY, ANTOINE (DEL CARRIL, BONIFACIO -trad.-), *El Principito*, Buenos Aires, Emecé, 2005, p. 95.