

PANDEMIA Y DIVISIÓN DE PODERES

A PROPÓSITO DE LOS DNU DICTADOS POR EL PEN EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA DESATADA POR EL NUEVO CORONAVIRUS, COVID-19

Por Dr. Gustavo E. Silva Tamayo¹

El Artículo publicado en ELDia.com del 18-5-2020

SUMARIO

1. Introducción	01
2. El principio de división de poderes en su formulación originaria	02
3. La necesaria resignificación (o reactualización) del principio de división de poderes	08
4. La inserción del “plexo Covid-19” dentro del principio de división de poderes resignificado (o reactualizado)	13
5. Conclusión	15

1. INTRODUCCIÓN

En estos días han aparecido opiniones vertidas por juristas, políticos y comunicadores en distintos medios, alertando sobre un supuesto quebrantamiento del principio de separación de poderes o, peor, de un latente autoritarismo agazapado detrás de los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante, “DNU”) dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, luego de la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud de la pandemia provocada por el nuevo Coronavirus, COVID-19, el pasado 11 de marzo.

Tal situación nos ha impulsado a escribir estas breves reflexiones animados por el humilde deseo de poner las cosas en el que, creemos, es su justo quicio y dimensión, advirtiendo, desde ya, que nos hemos pronunciado críticamente

1. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). * Director Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación Publicado originalmente en elDial.com del 18/05/2020. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). * Director Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación Publicado originalmente en elDial.com del 18/05/2020

en otras oportunidades respecto a la utilización abusiva de la figura de los DNU ².

La pandemia desatada por el COVID-19 que nos asuela, es una, por cierto, aciaga e inesperada manifestación del fenómeno de la Globalización ³ el que, hasta ahora, sólo había sido enfocado y analizado desde sus aspectos económicos, jurídicos, sociales o culturales, sin avizorarse la factible “globalización” de esta enfermedad de la que poco se sabe y mucho se desconoce y que, en un mundo interdependiente e interconectado, se ha propagado sobre casi sobre todos los países de la Tierra, generando una situación inédita en la Historia de la Humanidad, de efectos y consecuencias impredecibles a la fecha⁴.

Para abordar el tema que motiva estas líneas nos parece necesario esclarecer, a priori, a qué principio de división de poderes se pretende aludir, cuando se alega su actual o potencial quebrantamiento y, en todo caso, si la premisa de la que se parte para llegar a esa conclusión sigue siendo válidamente aceptable.

2. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN SU FORMULACIÓN ORIGINAL

Como es bien sabido, la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que se han delineado como resultado del esbozo de un principio lógico-racional -no exento de connotaciones políticas- provisto por el constitucionalismo de cuño liberal. Esas funciones clásicas -administrativa, legislativa, judicial- se han asignado, correlativamente, a tres órganos que ejercen partes del poder estatal, que es único ⁵.

2. Nuestros trabajos: “Necesidad y urgencia...¿universitarias? (La irrefrenable vocación legisferante del P.E.N), Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, N° 49 y “Un decreto para modificar el presupuesto, una preocupante tendencia que se consolida”, Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, Bs. As., N° 51, Enero/Marzo 2005.

3. Entre las numerosas descripciones del concepto, se ha dicho que se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacional soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales con sus respectivas responsabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Cfr. BECK, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29).

4. Se ha comenzado a especular y a pronosticar sobre el advenimiento de una suerte de estatalidad “pospandémica” en la que las sociedades experimentarán cambios de orden social, político, jurídico, económico y cultural aún no precisables.

5. Se ha dicho que la división de poderes tiene por finalidad suprema y última el amparo de la libertad humana, apareciendo el principio como el más eficaz instrumento para asegurarla en la dinámica de las instituciones políticas (Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos

El examen retrospectivo de la organización de los Estados antiguos nos permite apreciar que, por contraste, en ellos mediaba una asimilación de la función administrativa con la actividad estatal total destinada a alcanzar sus fines. De ese tronco común, entonces, se fueron desprendiendo la actividad legislativa y la judicial.

Así la formulación de MONTESQUIEU, si bien no entrañó una construcción enteramente original pues reconocía, a ese entonces, otros antecedentes doctrinarios, como las enunciaciones de ARISTÓTELES y de LOCKE, tuvo la virtud de distinguir no sólo entre los sujetos y órganos estatales, sino también la de acollarar, a cada uno de éstos, una función determinada.

Esta concordancia subjetiva-objetiva no existía en sus referidos predecesores pues en las doctrinas de éstos no mediaban reparos para que las mismas personas ejercieran varias funciones o todas al mismo tiempo. Para JELLINEK, en efecto, no hubo ni en la formulación aristotélica, ni en la lockiana, una verdadera separación de poderes pues, en sus palabras: *“Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno y en el tribunal y, según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado”*⁶.

ARISTÓTELES, en efecto, expuso que no era justo dejar el poder en manos de una sola persona y que en todo gobierno habría tres partes a las que debía consultar el buen legislador, especificando que, si se encontraban bien constituidas, el gobierno era “bueno” y que las diferencias que existían entre esas partes determinaban la diversidad de esos gobiernos. Una de ellas era la encargada de deliberar sobre los negocios públicos; otra la que ejercía las magistraturas y otra la que administraba la justicia. A la parte que delibera, le reservaba la atribución de declarar la guerra, acordar la paz, forjar y convenir alianzas; a la parte a la que correspondía hacer las leyes, también le encomendaba controlar las cuentas del Estado y dictar las sentencias de muerte, destierro y confiscación de bienes⁷.

Aires, 1956, tomo VI, p. 65).

6. JELLINEK, *Georg, Teoría General del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 2000, traducción de Fernando de los Ríos, p. 535.

7. ARISTÓTELES, *La Política*, incluida en *Obras Completas*, Distal, Buenos Aires, 2003, especialmente Libro Sexto, Capítulos XI, XII y XIII, ps. 169-178

También se han citado como precursores a POLIBIO (para quien el gobierno de la república romana estaba refundido en tres cuerpos, tan balanceados y distribuidos que nadie podría decir con certeza si el gobierno era aristocrático, democrático o monárquico); a CICERÓN (“si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido”) y a CROMWELL (“la autoridad suprema legislativa de la república...debe ser y residir en una persona y en el pueblo reunido en parlamento. El ejercicio de la magistratura principal y la administración del gobierno...será el lord protector”)⁸.

Pero, como dijimos más arriba, es en MONTESQUIEU donde se puede encontrar un desarrollo del principio que se aproxima más al que conocemos en nuestros días pues, en su obra más conocida, expuso que existían tres clases de poderes estatales: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. El primero permitía al príncipe o jefe de Estado hacer leyes transitorias o definitivas o derogar las existentes; el segundo hacía la paz o la guerra, enviaba y recibía embajadas, establecía la seguridad jurídica y prevenía las invasiones; el tercero castigaba los delitos y juzgaba las diferencias entre particulares. Este último se denominaba poder judicial y, el otro, poder ejecutivo del Estado⁹. Es también destacable que este autor opinase que en una sociedad que tiene leyes (un Estado en su concepción) la libertad no podía consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a lo que no debe quererse. También que la libertad era el derecho de hacer lo que las leyes permitían y que todo hombre investido de autoridad abusaba de ella, por lo que debía estar sujeto a límites. Una Constitución podía ser tal que nadie pudiese ser obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe¹⁰.

De este modo, la doctrina de MONTESQUIEU se constituyó en un punto de quiebre que resultó a la postre la piedra basal en la que se asentó la Revolución

8. Citados por LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado...cit., Tomo VI, ps. 69-70.

9. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, Del espíritu de las leyes, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, “De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, ps. 106-128.

10. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, ob. y loc. citis.

Francesa y tuvo un influjo decisivo en el desarrollo del constitucionalismo liberal moderno y del Derecho Administrativo a tal grado que, tradicionalmente, se acostumbra a fijar el “nacimiento” de este último a partir de dicho acontecimiento trascendental en la historia de la humanidad.

Se ha dicho que el éxito de la teoría de MONTESQUIEU se circunscribió más a los aspectos políticos que a la sistematización de la actividad orgánica, poniéndose un acento exagerado en la división de poderes y pretendiéndose, de allí, extraer de rondón que a cada poder le correspondía una función, confiriéndoseles autonomía e independencia¹¹.

Maguer lo expuesto, la concreción de la teoría -y de allí su valor-, se plasmó mediante la consagración de una separación de funciones relacionadas, a su vez, con una separación de órganos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformantes de manifestaciones de ese único poder estatal¹².

Aunque, de todos modos, el modelo adquirió un sesgo distinto en el derecho norteamericano, francés y alemán, que no nos detendremos en pormenorizar¹³, en definitiva, todos los sistemas inspirados en el mismo confluyeron inicialmente en asegurar dos aspectos centrales del ideario liberal: fijar límites al ejercicio de los poderes estatales y asegurar la libertad de los ciudadanos.

El principio estuvo también presente desde los albores mismos del nacimiento de nuestro país, en las Actas Capitulares del Cabildo de Buenos Aires de los días 24 y 25 de mayo de 1810, en el Reglamento del 22 de octubre de 1811 dictado

11. Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa, Bs. As., 1944, p. 40 y ss.

12. Como certeramente se ha expresado, y en vista a la asunción de cometidos que encaró el Estado Social de Derecho, en ese reparto, el órgano ejecutivo se benefició con el fragmento mayor: al disponer no sólo directamente de la fuerza pública, sino también de todas las atribuciones inherentes al intervencionismo económico y social, como ser, la planificación, los servicios públicos, la actividad de fomento y el incremento de su poder de policía, por contrapartida de lo que aconteció con los otros dos órganos que permanecieron con sus atribuciones sin mutar (GAUNA, Juan O., “La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La Teoría de la separación de poder”, LL, t. 1979-C, ps. 922 y ss.).

13. Una completa enunciación de las características y evolución de dichos modelos puede consultarse en CORVALÁN, Juan G, *Estado constitucional y división de poderes*, Astrea, 2º edición, ps. 19-97. Una descripción de la regulación constitucional de la división de poderes puede encontrarse en GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1º edición, 2004, ps. 24-53. Para un exhaustivo estudio del sistema norteamericano ver: BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013.

por la Junta Conservadora¹⁴ y en la obra de ALBERDI, quien, con toda elocuencia, escribió: “...para que los procuradores o mandatarios no abusen del ejercicio de la soberanía delegada en sus manos, el pueblo reparte en diferentes mandatarios los varios modos con que puede ser ejercida su soberanía. Para ejercer la soberanía en la sanción de las leyes, entrega ese poder al cuerpo legislativo. Para ejercerla en la interpretación y aplicación de las leyes a los casos contenciosos ocurrentes, deposita esa función en manos del poder judicial. Para que las leyes se cumplan en los casos no contenciosos y se lleven a ejecución las decisiones de los jueces, el pueblo entrega esa parte especial de su soberanía al poder ejecutivo...”¹⁵.

Es conocido también que la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido, a partir de la construcción de MONTESQUIEU, tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que se han delineado a partir de un principio lógico-racional provisto por el constitucionalismo liberal y no exento de connotaciones políticas. Esas funciones clásicas -administrativa, legislativa, judicial- se han asignado, correlativamente, a los tres órganos que ejercen partes de un único poder estatal.

Como lógico corolario de esta elaboración, comúnmente se admite que las funciones del Estado pueden apreciarse desde una perspectiva subjetiva u orgánica o desde una perspectiva material o sustancial. Obviamente ninguna de las dos resulta suficiente para trazar una línea divisoria de inobjetable nitidez, ni tampoco ello es lo aconsejable desde una mirada que resignifique (o actualice) el sentido de la noción de separación de poderes y división de funciones.

De acuerdo con el punto de vista llamado subjetivo u orgánico (a veces también denominado formal), puede hacerse la distinción según que el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional, administrativo o legislativo, para así determinar si nos encontramos ante una función de tal o cual tipo. Pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, resulta ser erróneo, por cuanto los órganos legislativos y jurisdiccionales también realizan funciones administrativas.

14. Cfr. ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1ª edición, Tomo II, p. 21

15. ALBERDI, Juan B., *Derecho público provincial argentino*, Obras Selectas, Tomo XI, Cap. IV, p. 83, cit. por LINARES QUINTANA, *Tratado...cit.*, Tomo VI, p. 82.

Partiendo desde el enfoque designado como material o sustancial, es decir, ateniéndose a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (es decir, que crean normas o reglas de derecho); actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable; y actos propios de la función administrativa aquéllos que constituyen manifestaciones concretas de voluntad estatal (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) y de cumplimiento de sus fines.

Pero es obvio que tampoco cabe estarse a este criterio sustancialista en forma literal pues ello implicaría afirmar que los tres órganos realizan las tres funciones y que no existiría, en suma, división de las mismas ni sistema de frenos y contrapesos alguno, lo cual resultaría absurdo.

Se ha señalado que todos los órganos del Estado exteriorizan su voluntad, aunque de distinta manera: permanente e inmediata en el caso de la función administrativa y accidental y mediata en los casos de las funciones legislativa y judicial. Esta exacta aserción, debe precisarse aclarándose que el órgano ejecutivo también tiene a su cargo la función de gobierno y que las funciones administrativas de los órganos legislativo y judicial se ejercen, primordialmente, “*hacia adentro*”.

Otro criterio, que se relaciona con los expuestos y los reduce a unidad, es el denominado mixto que combina el elemento subjetivo u orgánico con los elementos materiales o sustanciales. Así, al Poder Ejecutivo, con más sus órganos y entes que lo secundan, además de la función administrativa sustantiva, le corresponden otras actividades, por ejemplo, la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; o la resolución de controversias en materias confiadas a órganos con especialidad técnica expresamente asignada, que son actos materialmente jurisdiccionales. El Poder Judicial, además de ejercer la función jurisdiccional y la administrativa, “*hacia adentro*”, realiza otros actos de esencia legal como el dictado de fallos plenarios por parte de las Cámaras, de aplicación obligatoria para las salas y tribunales inferiores. Y el Poder Legislativo, a más de ejercer la función de emitir normas generales y abstractas, realiza actos de sustancia jurisdiccional (v.g., juicio político) o administrativa (v.g., nombramiento de su personal). Esta

noción se aproxima más a la que consideramos debe ser la imprescindible resignificación (o reactualización) de la doctrina de MONTESQUIEU, aunque requiere de ciertas precisiones adicionales y complementarias que, enseguida, expondremos.

Finalmente debemos recordar también que, para esta representación usual, mientras la actividad legislativa crea la norma, la jurisdiccional la realiza en caso de contienda y la administrativa la ejecuta, pero dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico vigente¹⁶. Esta apreciación resulta inexacta pues, en rigor, el proceso creativo-aplicativo de la norma es dinámico y, salvo en los extremos del ordenamiento jurídico, todo acto de creación del derecho es también aplicación del mismo y a la inversa¹⁷.

3. LA NECESARIA RESIGNIFICACIÓN (O REACTUALIZACIÓN) DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Se ha llamado la atención sobre la crisis del principio de división de poderes, a partir del dato sociológico de la desaparición de las divisiones sociales (nobleza, burguesía) que dieron causa a su nacimiento, y de la observación empírica de que las funciones estatales, objetivamente definidas, acabaron por no coincidir con las competencias concretas atribuidas por las constituciones a los complejos orgánicos¹⁸. Además, se ha señalado que el principio es de recibo aun en las constituciones de Posguerra, pero alejado de la realidad en tanto es corriente la adopción de sistemas parlamentarios en los cuales el Poder Ejecutivo y el Legislativo no se encuentran separados ni personal ni funcionalmente¹⁹.

16. De acuerdo: DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Bs As, 1961, p. 11 y ss. Para este autor la función administrativa se realiza únicamente en los casos en los que la ley o la Constitución lo han querido, por lo que los órganos administrativos están siempre ligados al ordenamiento jurídico.

17. LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo*. Arbitrio administrativo, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1958, ps 15-16. En su opinión, median a la par, y en dosis diversas, autonomía y heteronomía; se aplica la norma superior "...pero como nunca ella suministra todos los elementos del acto o norma de aplicación, resulta que ésta es siempre y en cierto grado un acto creado o el ejercicio de libertad o arbitrio -vale decir de la conducta o libertad lícita del órgano- que deja la norma superior ejecutada".

18. GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1º edición, 2004, en especial, ps. 295-339.

19. Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2º edición, 1976, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, p. 55. Este autor llama la atención respecto a que, en realidad, lo que se denomina como "separación de poderes" no es otra cosa que la distribución de determinadas funciones a distintos órganos estatales.

Sin embargo, con ser exacto lo apuntado, creemos que más que de “crisis” debe hablarse de una necesidad de resignificación (o reactualización) del principio, como esa misma doctrina, por otra parte, reconoce, miraje que, por otra parte, va más allá de los sistemas parlamentarios y se proyecta también sobre los sistemas republicanos²⁰.

A nuestro juicio este nuevo vistazo al principio viene impuesta por el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho en el que gran parte de las sociedades occidentales se hayan insertas.. En efecto, la noción clásica de la división de poderes se formuló de un modo pétreo y estático, que ya no resulta acorde a las necesidades de una sociedad que se ha tornado más compleja, producto de su evolución constante y cada vez más acelerada, operada a lo largo del siglo XIX y hasta el presente²¹.

Es que la formulación y concreción originarias del enunciado, tuvieron como finalidad la preservación de los derechos que afectaban la esfera individual (igualdad, libertad).

Por lo tanto, se configuraban como un ámbito irreductible a favor de los individuos representando, por ende, una garantía negativa limitante de la actuación de los poderes públicos, acorde con el modelo de Estado de Derecho Liberal. Sin embargo, la evolución operada como producto de las demandas cada vez más insatisfechas del cuerpo social, abrió paso a la conformación del Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar que, al reconocer estos derechos sociales, se autogeneró consecuentes deberes de prestación²².

20. Y ello sin contar que, hoy en día, la noción se ha expandido al enfocársela como una división de responsabilidades y de realización de tareas, aplicable a empresas o a instituciones internacionales y supranacionales, con lo que aparece convertida en una regla básica de cualquier organización (Ver: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “La división de poderes como principio de ordenamiento”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, UNAM, México, Anuario 2007, Tomo I, ps. 211-225).

21. Charles EINSENMANN había interpretado, incluso, que la teoría de MONTESQUIEU no pretendió prohibir que un mismo órgano reuniese funciones de más de un tipo o clase, es decir, la inexistencia de actividades comunes a los otros poderes; antes bien, la preocupación fue la de impedir la acumulación personal de dos o más funciones en su totalidad (Ver: “L’ Esprit des lois et la séparation de pouvoirs”, en Mélanges Carré de Malberg (Obra Colectiva), Recueil Sirey, Paris, 1933, ps. 175-178).

22. Nos hemos referido al nacimiento, evolución y crisis del Estado de Bienestar en nuestro trabajo: La voluntad en los actos administrativos, RAP, Buenos Aires, 1º edición 2013, ps. 53-60, al que nos remitimos.

Más tarde, el neoconstitucionalismo²³ dio paso al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, brindándoles un cauce protectorio y concretizador, escenario en el que el Estado ya no es un destinatario de una pretensión de no intervención, como en los derechos de libertad, sino un destinatario de una pretensión de realización²⁴.

Teniendo en cuenta que hoy se habla de derechos de tercera y cuarta generación, parece innegable que la evolución no puede entenderse, sino como la suma de sus distintas categorías, una *adición acumulativa de derechos* que no se excluyen ni se eliminan entre sí, ni tampoco se restan²⁵. Se trata, como explica PRIETO SANCHÍS, de un modelo “dualista” de concepción de los derechos pues posee, por un lado, un carácter finalista que traduce normativamente los valores de dignidad, libertad e igualdad y, por el otro, un carácter legitimador del poder²⁶.

¿Cómo lograr la efectiva realización de tales derechos?

Según BOCKENFÖRDE, la única opción superadora es la de prodigarles un cariz de mandato constitucional para, de este modo, condicionar la actuación de los tres órganos estatales e impedir, en el caso de los órganos políticos, su supresión total o su desatención manifiesta²⁷.

23. También llamado “*constitucionalismo contemporáneo*”, con acento en la protección y realización de los derechos humanos “constitucionalizados”. Se trata de una corriente contemporánea que aboga por una mayor presencia judicial y para ello propicia una labor de los jueces guiada por más principios que reglas y por más ponderación que subsunción. Así, por ejemplo, para Miguel CARBONELL, el neoconstitucionalismo debe ser visto desde tres niveles de análisis distintos: a) como una explicación de los textos constitucionales de Posguerra que contienen normas substantivas que representan verdaderos mandatos de actuación a los Estados para la concreción de los fines y objetivos allí establecidos; b) como el impacto en la labor de los jueces que deben ahora ejercer sus funciones con otras pautas interpretativas y aplicativas del Derecho, en forma justificada y razonable y atribuyendo contenidos normativos concretos; y c) como la gestación de desarrollos teóricos nuevos, para comprender en forma consecuyente los nuevos textos constitucionales y analizar las nuevas prácticas jurisprudenciales (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).

24. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, NomosVerlagsgesellschaft, 1º edición, 1993, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, p. 75. Ello ha llevado a opinar que el paso al Estado Social y Democrático de Derecho supone un “Estado Administrativo”, es decir, esencialmente prestador porque debe ejecutar materialmente muchas acciones que permitan a los ciudadanos un estándar mínimo que asegure su dignidad y realización de su proyecto de vida o “procura existencial” (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).

25. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 1º edición, 2016., p. 215.

26. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 20. Para Rafael de ASÍS, el modelo dualista toma en cuenta una perspectiva ética y una perspectiva jurídica de los derechos (Vid. Sobre el concepto y fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, Dykinson, Madrid, 2001 ps. 13-14).

27. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos...ob.cit.* ps. 80-81.

Ese “condicionamiento” que surge del mandato contenido en el constitucionalismo contemporáneo a los tres órganos o poderes del Estado, sólo puede apreciarse a través del prisma que ofrece la Teoría de los Sistemas, formulada inicialmente en el campo de la Biología en el siglo pasado y trasladada luego al campo de las Ciencias Sociales²⁸.

Esta doctrina parte de la existencia básica de distintos sistemas o subsistemas con funciones específicas, pero nítidamente interrelacionadas entre sí, interdependientes e interactuantes, cuya finalidad es obtener objetivos dentro de un “plan”, lo que implica que no es admisible una ruptura entre cada uno de ellos. Un sistema, en pocas palabras, es una porción de la realidad que mantiene una organización frente a influencias del medio en el cual actúa, sin perder su sesgo identitario pese a las mutaciones que experimenta²⁹.

La eficacia de una organización estatal, sistémicamente considerada, debe ser valorada, según PAREJO ALFONSO, de acuerdo al beneficio social que es capaz de producir³⁰.

La mirada sistémica de la separación de poderes, estimamos, permite apreciar mejor aquello que GÓMEZ PUENTE, en una postura semejante a la de BOCKENFÖRDE, denomina “legalidad-encargo”, es decir, la exigibilidad a los Estados de que su obrar sea económico, eficiente y eficaz, lo que comporta también un modo de respetar el principio de juridicidad³¹.

Una visión sistémica, debe, por lo tanto, concebir el postulado de la separación de poderes en forma abierta y dinámica, tomando en cuenta el complejo haz de conexiones entre las distintas funciones, que deben pasar a considerarse en forma

28. Se ha atribuido a Ludwig VON BERTALANFFY, biólogo alemán, la estructuración y definición de esta teoría en 1947. Sus trabajos, realizados a lo largo de décadas, se hallan reunidos en la obra *Teoría General de los Sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, traducción de la primera edición en inglés de 1968 de Juan Almela.

29. De acuerdo, en lo sustancial, GRÜN, Ernesto, “El sistema de la Teoría General del Derecho: Teoría General del Derecho y Teoría General de los Sistemas” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 14, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 239-243.

30. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración*, INAP, Madrid, 1995, p. 95.

31. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1° edición, 1997, ps. 78 y ss. Para BALBÍN, la eficacia es un principio constitucional que se interrelaciona con el derecho de las personas a una buena administración y plantea si, acaso, la gobernanza no es el nuevo paradigma de las Administraciones Públicas (*Tratado de Derecho Administrativo, La Ley*, Buenos Aires, 2° edición, 2015, Tomo I, p. 200).

interdependiente e interrelacionada, superando la compartimentación propia de la elaboración primigenia. Por otra parte, entre los distintos órganos (poderes) se generan no sólo relaciones de control, como en el modelo tradicional de los frenos y contrapesos, sino también de colaboración y coordinación, lo que supone una forma distinta de entender el equilibrio de entre los poderes.

Como sostiene BALBÍN: el principio básico ya no es el de división de poderes, en los términos en los que fue interpretado originariamente y en un plano teórico, ni tampoco el de separación de funciones porque en verdad existen tres poderes diferenciados con funciones evidentemente entremezcladas³². Pero, ese “entremezclamiento”, preciso es aclarar, se genera de acuerdo al “plan” y no en forma desordenada o caótica.

Se trata, según GÁMEZ MEJÍAS, quien sigue a LOEWENSTEIN en este punto, de una distribución del poder más que de una división, un reparto de su ejercicio que lleva a la fragmentación de las funciones estatales, según el tipo de actividad. Con todo, este autor señala que debe evitarse que las funciones asignadas a cada órgano se tornen fungibles, diluyéndose la distinción y para ello se han elaborado, esencialmente dos doctrinas, o, mejor dicho, dos pautas orientativas que, a mi entender, guardan estrechos puntos de contacto: a) la que distingue un ámbito nuclear, o esencial, asignado por la Constitución a un órgano, que no puede ser invadido por otro órgano y ámbitos periféricos en los cuales la invasión es posible y; b) la que asigna un ámbito de actuación mínimo a cada órgano del Estado, lo que se cristaliza fijándose tareas que los órganos no pueden dejar de ejercer o estableciendo procedimientos de actuación³³.

La realidad evidencia que las relaciones y conexiones –diríamos la interdependencia e interrelación–, entre los poderes estatales son muy estrechas desde una mirada sistémica. Así, es evidente que lo que originariamente podía calificarse de avance o desborde de un poder sobre el otro, hoy se asume como una relación de colaboración y, es por eso que actualmente se admite, que el Poder Judicial deba controlar toda la actividad del Poder Ejecutivo, aun aquella tradicionalmente

32. BALBÍN, Carlos F., Tratado...ob. cit, Tomo I, ps. 74-75.

33. GAMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado...cit., ps. 301-328.

exenta de revisión (vg. la revisión judicial de los actos de gobierno e institucionales o la fijación de los límites básicos para el diseño de una política pública por el órgano judicial, cuando su inexistencia o ausencia puedan afectar a un derecho humano esencial). Es más, en el derecho español se ha llegado a plantear el reconocimiento de una “reserva constitucional de ejecución” y, aun cuando se admite la dificultad de trazar un límite entre las funciones legislativa y ejecutiva, se sostiene que la misma existe y cede en caso de estado de necesidad³⁴.

En suma, el principio de división de poderes subsiste, aunque adaptado a la evolución sistémica del Derecho Público: cada poder posee un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias periféricas.

Las competencias periféricas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria.

Las nucleares sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal y es este el caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestra Constitución Nacional, luego de su incorporación a través de la reforma constitucional de 1994.

4. LA INSERCIÓN DEL “PLEXO COVID-19” DENTRO DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES RESIGNIFICADO (O REACTUALIZADO)

En ese contexto, a nuestro juicio, es en el que deben inscribirse los DNU emitidos por el Poder Ejecutivo en el marco de la pandemia del COVID 19, desde el dictado de los que llevan los números 260/2020³⁵ y 297/2020³⁶, y en adelante³⁷.

34. Ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, “Existe una reserva constitucional de “ejecución”? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales” en Cuadernos de Derecho Público, Madrid, N° 1, mayo-agosto 1997, ps. 13-42).

35. B.O. 12-03-2020. Por este decreto se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 12-03-2020 con relación al coronavirus COVID-19 por el plazo de un año a partir de su vigencia y se atribuyeron al Ministerio de Salud, diversas facultades en su carácter de autoridad de aplicación, entre ellas, la de fijar precios máximos para insumos críticos.

36. B.O. 18-03-2020. Este reglamento estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todos los habitantes del país y para aquellos que, sin serlo, se encontrasen en él en forma temporaria.

37. Con posterioridad se dictaron otros DNU y también normativa complementaria compuesta por decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales que omitimos detallar en honor a la brevedad.

Desde el punto de vista de su procedencia formal y sustancial se encuentran dadas todas las condiciones que tanto nuestra Constitución Nacional en su artículo 99, inciso 3º, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema³⁸ y caracterizada doctrina han marcado como requisitos habilitantes para la utilización de este “instituto de emergencia o de gobernabilidad”³⁹: existen circunstancias excepcionales que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la Constitución Nacional y no se trata de materias “prohibidas”. Además se encuentran debidamente motivados pues abundan en consideraciones científicas que aparecen, *a priori*, como razonables. Restará que la Comisión Bicameral Permanente se pronuncie sobre ellos en su oportunidad.

En verdad, nos atrevemos a decir que, pocas veces en nuestra vida institucional la utilización de este remedio extraordinario se ha mostrado tan justificada en atención a los presupuestos fácticos de esta gravísima emergencia sanitaria⁴⁰.

La excepcionalidad y temporalidad de las medidas, aun cuando se correspondan con el ámbito nuclear del órgano legislativo, así como su razonabilidad y proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), en otras palabras, la “balanza” que idealmente concibe BARAK⁴¹ -en uno de cuyos platillos colocaríamos la restricción a los derechos fundamentales, que asumen, por su condición de tales, carácter de principios, (a trabajar, a ejercer industria y comercio lícitos, a trasladarse de un lugar a otro, a enseñar y a aprender, etc.) y, en el otro, la finalidad de preservar los de mayor peso o prevalencia absoluta (la vida, la salud)-, les otorgan a todos ellos una presunción de convencionalidad y constitucionalidad evidentes y manifiestas.

38. Especialmente en los fallos: “Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas” s/amparo”, Fallos, 3222: 1276; “Leguizamón Romero, Abel y otros c I.N.S.S.J.P. s/ordinario”, Fallos, 327 5559 y “Consumidores Argentinos c/EN-PEN-Decreto 558/02-Ley 20091 s/amparo”, Fallos, 333: 633.

39. BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 301; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Zavalía, Buenos Aires, 3º edición, 2000. ps. 619-620.

40. Un repaso a nuestra historia constitucional revela que las restricciones a los derechos se han dispuesto en el contexto de emergencias económicas y sociales, que algunos autores han calificado de “permanentes”, según da cuenta la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida en los casos “Ercolano c/Lanteri de Ranshaw s/consignación”, Fallos, 136: 161; “Avico, Oscar A. c/de la Pesa, Saúl G”, Fallos, 172: 21; “Inchauspe Hermanos, Pedro c/Junta Nacional de Carnes”, Fallos, 199: 483; “Cine Callao”, Fallos, 247: 121; “Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. y otros”, Fallos, 269: 393; “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional- Ministerio de Economía-Banco Central”, Fallos, 313: 1513; entre otros.

41. BARAK, Aharon, Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones, Palestra, Lima, 2017, traducción de Gonzalo Villa Rosas, ps. 380-406

Los DNU así dictados no alteran el principio de división de poderes, entendido no con la rigidez de su formulación inicial, sino bajo la resignificación sistémica que el Constitucionalismo principialista o Neoconstitucionalismo, reclama.

Ciertamente, los DNU emitidos abren una instancia de juego institucional en el marco de esta situación de emergencia sanitaria, pues no sólo tienen efectos regulatorios inmediatos al modificar el ordenamiento jurídico vigente, sino que, a la par, obran como disparadores de relaciones de colaboración, coordinación y control entre todos los órganos estatales, como partes interdependientes e interrelacionadas de un todo que es el Estado Social y Constitucional de Derecho bajo el que vivimos.

Todos estos fenómenos sistémicos se suscitan conforme a un “plan” que no puede ser otro que el de la eficacia en el accionar de los órganos estatales en pos de lograr la maximización del beneficio social, dentro del cual forman parte inequívocamente la vida y la salud.

5. CONCLUSIÓN

La globalización que ha supuesto la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, ha colocado a los Estados, y el nuestro no es la excepción, ante la necesidad de enfrentar esa crisis con remedios extraordinarios.

En nuestra realidad jurídica ha provocado el dictado de una serie de DNU integrantes de lo que hemos denominado como “Plexo COVID-19”, que han restringido una serie de derechos fundamentales en aras a preservar la vida y la salud de los habitantes de nuestro territorio. Creemos y anhelamos que la evolución de la enfermedad permita, gradualmente, recuperar las condiciones económicas con medidas que apunten a la reactivación de las variables. La empresa no será, por cierto, sencilla. Pero el dilema entre la vida y la salud, por un lado y la economía por el otro, no es de hierro y posee una respuesta indubitada en todo Estado Social y Constitucional de Derecho.

El dictado de los DNU durante la pandemia no presupone pues, un “Estado de excepción” que preludie la implementación de prácticas autoritarias o dictatoriales

(41)⁴², ni quiebra el principio de división de poderes resignificado (o reactualizado) enfocado desde una perspectiva sistémica inherente al modelo de estatalidad que al igual que la gran mayoría de los países de Occidente, hemos abrazado:

“El ejercicio del poder acarrea muchos disgustos y exige mucho valor”⁴³.

42. Ver AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 5° edición, traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, en especial ps. 73-85.

43. NIETZSCHE, Friedrich, El viajero y su sombra, Edicomunicación, Barcelona, 1994, traducción de Enrique Eidelstein, p. 122.