

EL SEÑOR DE LAS EMERGENCIAS LA ESPECIAL GRAVITACIÓN DEL PODER EJECUTIVO EN LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

Por el Dr. Juan Santiago Ylarri* 

*“The world is indeed full of peril, and in it there are many dark places;
but still there is much that is fair, and though in all lands love
is now mingled with grief, it grows perhaps the greater”*
(J.R.R. Tolkien, *The Lord of the Rings: The Fellowship of the Ring*,
Libro II, Capítulo 6)

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Los institutos de excepción	01
III. El rol preponderante del Poder Ejecutivo en las situaciones de emergencia	05
IV. El rol secundario del Poder Legislativo en situaciones de emergencia	06
V. En búsqueda del equilibrio perdido	08
VI. Conclusiones	12

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaré el rol preponderante del Poder Ejecutivo en las situaciones de emergencia. Para entender la cuestión, creo que previamente es necesario hacer una breve alusión a la finalidad de los institutos de excepción, para luego sostener que en ciertas situaciones se puede justificar este rol primario del Ejecutivo, pero de modo alguno implica otorgar un poder prácticamente ilimitado para resolver diversas crisis, como muchas veces sucede.

II. LOS INSTITUTOS DE EXCEPCIÓN

Así, hay que recordar que pueden presentarse situaciones excepcionales que pongan en peligro los elementos fundamentales del Estado de Derecho, circunstancias que todos hemos experimentado de cerca con el advenimiento de la pandemia del Covid-19. En el Derecho Público se distinguen las situaciones de normalidad y las situaciones de excepción. La Constitución está

diseñada para regular aquellas situaciones de normalidad, pero muchas de ellas contienen también disposiciones sobre situaciones de emergencia. Estas disposiciones son necesarias, ya que en la realidad se presentan ciertas circunstancias excepcionales que no pueden ser combatidas eficazmente con los medios ordinarios previstos en la Constitución, por lo que puede llegar a ser necesario suspender temporalmente algunas prescripciones constitucionales para enfrentar dicha situación y, una vez superada dicha coyuntura, volver a la normalidad constitucional¹.

Así, los Estados se enfrentan a la difícil tarea de tener que encontrar un equilibrio, por un lado, entre las libertades fundamentales y los principios de la toma democrática de decisiones, cuestión que abordaré en este trabajo y, por el otro, la necesidad de poner fin efectivamente a la situación de crisis. De este modo, durante los estados de emergencia, los países suelen introducir cambios en la distribución de poderes para hacer frente a la crisis en cuestión, pero la finalidad de esas limitaciones y desplazamientos de poder debe consistir esencialmente, como dije, en superar la emergencia y volver a la normalidad².

El derecho de excepción, lejos de ser una cuestión novedosa, encuentra sus primeros antecedentes en la dictadura comisoria en la república romana. Mucho más adelante en el tiempo, los primeros textos constitucionales modernos introdujeron los lineamientos de los institutos de excepción, otorgándoles un marco jurídico-constitucional, aunque en general con prescripciones muy concisas, como la de Estados Unidos³.

1* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. También es docente en Argentina y España, es investigador y ha publicado dos libros y más de 60 artículos y capítulos de libros en Argentina y el exterior. Es funcionario en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sobre la cuestión, ver CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 17-19.

2. COMISIÓN DE VENECIA DEL CONSEJO DE EUROPA, "Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights", CDL-AD(2020)018.

3. FIX ZAMUDIO, Héctor (2004), "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 37 (111), págs. 801-860.

Sin embargo, hay que aclarar que históricamente muchos institutos de excepción han sido utilizados por los regímenes militares de diversos países en un sentido contrario a su finalidad. Lejos de funcionar para paliar una situación de emergencia y lograr un regreso ordenado a la Constitución, han servido como instrumento para perpetrar un golpe de estado de los que han surgido gobiernos de facto o dictaduras. Uruguay, El Salvador, Paraguay, Chile, Colombia y Argentina han conocido largos períodos de estado de excepción institucionalizado bajo los regímenes militares.

Muchas Constituciones más modernas han establecido regulaciones un poco más precisas respecto del estado de excepción. Lejos de observarse cierta homogeneidad en los ordenamientos constitucionales, puede distinguirse una gran variedad de institutos de emergencia. Así, en América Latina puede hablarse de estado de sitio (Argentina, Brasil, Chile, Perú), estado de excepción (Bolivia, Ecuador, Paraguay), estado de defensa (Brasil), estado de asamblea (Chile), estado de catástrofe (Chile), estado de alarma (Venezuela), estado de emergencia (Chile, Colombia, Perú), estado de emergencia económica (Venezuela), estado de guerra exterior (Colombia), estado de conmoción exterior (Venezuela) y estado de conmoción interior (Colombia y Venezuela), entre otros. Cada uno con sus peculiares características⁴.

Ahora bien, a fin de evitar que existan abusos en la utilización de estas medidas de excepción, los ordenamientos jurídicos suelen establecer normativamente los requisitos conforme a los cuales los institutos de emergencia pueden ser utilizados. Me refiero a los ordenamientos jurídicos, puesto que estos requisitos pueden estar previstos en los propios textos constitucionales, como señalé, o bien en leyes especiales emanadas de los parlamentos⁵. De este modo, en los respectivos ordenamientos se establecen, por ejemplo, las circunstancias fácticas que habilitan declarar los institutos de excepción; el órgano encargado de declarar la emergencia; los plazos; los alcances y límites a los cuales están sujetas las medidas adoptadas; y la posibilidad de revisión política y jurisdiccional de las medidas, entre otras cuestiones.

4. En relación con la regulación de los estados de excepción en el derecho comparado, ver el trabajo de mi autoría "Los estados de excepción y las situaciones que habilitan su declaración. Un estudio desde el derecho comparado", *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N.º 1, 2020, ps. 219-273.

5. Al respecto, ver FERREJOHN, John – PASQUINO, Pasquale, "The law of the exception: A typology of emergency powers", *I-CON*, Vol. 2, N.º 2, 2004, págs. 210-239

Al mismo tiempo, más allá de la variedad y complejidad de los diversos institutos de excepción, cabe destacar que, en la segunda parte del siglo XX, prácticamente todos los países de Latinoamérica y Europa han suscriptos instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales se derivan una serie de pautas y directrices respecto de la aplicación de los institutos de excepción. A este respecto, cabe citar especialmente, en el caso de Argentina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶. En el caso europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En lo que respecta a los institutos de excepción en el ordenamiento constitucional argentino, tradicionalmente, desde la Constitución originaria, podemos encontrar el art. 23 que regula el estado de sitio, el cual supone un quiebre en la normalidad institucional y otorga facultades excepcionales al Poder Ejecutivo referidas a la libertad de las personas, por lo que se pone en tensión el Estado de Derecho y establece una atenuación del principio de separación de poderes⁷. Sin embargo, como ya lo ha dicho la Corte en 1893 en el caso “Alem”⁸, el estado de sitio, declarado cuando corresponde, “es un arma de defensa extraordinaria que la Constitución ha puesto en manos de los poderes políticos de la nación, para que, en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenazan tanto a la Constitución como a las autoridades que ella crea”, por lo que el estado de sitio “lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla”. Además del estado de sitio, podría mencionar la intervención federal.

Luego de la reforma de 1994, cabe destacar la delegación legislativa en casos de “emergencia pública” y el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes⁹.

6. Con respecto a la regulación de los estados de excepción en estos dos tratados internacionales de derechos humanos, ver el trabajo de mi autoría “Las situaciones de excepción que habilitan suspender derechos humanos”, *Gaceta Constitucional*, t. 153, septiembre 2020, págs. 139-154.

7. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 390.

8. CSJN, “Alem, Leandro N.”, 15/12/1893, Fallos: 54:432.

9. Al respecto, ver el trabajo de mi autoría “La división de poderes en la emergencia económica en Argentina”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 32, enero-junio 2015, págs. 235-262

III. EL ROL PREPONDERANTE DEL PODER EJECUTIVO EN LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

Los institutos de emergencia poseen dos características fundamentales: por un lado, conllevan una mayor restricción, y eventual suspensión, de las libertades, derechos y garantías fundamentales; por el otro, favorecen la concentración del poder en el Ejecutivo en detrimento de los otros poderes¹⁰. Al mismo tiempo, suele producirse una centralización de poder en una autoridad única que suele ser una autoridad nacional para hacer frente de la manera más coordinada posible a una emergencia, por lo que se suelen producir conflictos de poder entre el Estado central y los entes descentralizados en detrimento de estos últimos¹¹. Estas circunstancias pudieron verse en las medidas adoptadas para combatir la pandemia del Covid-19, donde la rama ejecutiva ha restringido, por cierto tiempo, tal vez de modo justificado, una lista sumamente extensa de derechos fundamentales, como la libertad de circulación, reunión, de educación, diversas libertades económicas y hasta las relaciones de familia.

Así las cosas, la declaración del estado de emergencia implicará muchas veces un desplazamiento en la distribución de poderes. En el plano horizontal, los poderes del ejecutivo tienden a reforzarse temporalmente, por lo que se le otorgan nuevas y mayores facultades que las autoridades estatales no tendrían en circunstancias normales, así como puede ejercer ciertas facultades que en tiempos ordinarios corresponderían a los demás poderes, principalmente al legislativo. A su vez, en el plano vertical, el estado de emergencia puede entrañar una centralización temporal de poderes¹².

Hay que destacar entonces el rol preponderante que los *ejecutivos* adoptan en tiempos de emergencia. Por ejemplo, en relación con la emergencia del terrorismo en Estados Unidos, se ha planteado que se da un gran dilema de las constituciones liberales, en tanto los derechos y las protecciones que la Consti-

10. GROSS, Oren - NÍ AOLÁIN, Fionnuala, *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, págs. 58-59, entre muchos otros.

11. ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, Nros. 86-87, 2020, págs. 6-21.

12. COMISIÓN DE VENECIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Interim Report on the measures taken in the EU member States...”, cit., puntos 53 y 54.

tución prevé y preserva no pueden prevenir al gobierno de responder de modo eficiente y enérgico a enemigos que pueden llegar a destruir esos derechos e incluso el mismo orden constitucional. Así, las situaciones de emergencias –esto vale la pena remarcarlo– tienden a privilegiar la acción sobre la deliberación, por lo que se plantea la necesidad de una rápida y decisiva acción que no podría esperar a la pacífica deliberación de las reglas constitucionales ordinarias. En Estados Unidos, ha habido un gran desarrollo bibliográfico sobre la cuestión a raíz de la amenaza terrorista a comienzos de este siglo. Hay parte de la doctrina que defiende este rol más predominante del Poder Ejecutivo¹³, mientras que otros autores consideran que aquella postura subestima las capacidades del Presidente de evadir los controles y socavar la autoridad de aquellos que quieren restringir sus poderes¹⁴.

Así, en relación con lo acontecido ante la emergencia terrorista de principios de siglo en Estados Unidos, se ha señalado que en épocas de emergencia suele ocurrir que el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente, y los tribunales son deferentes¹⁵. Del mismo modo, en Argentina se ha dicho que la emergencia está hecha para el Ejecutivo, “porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos”¹⁶.

IV. EL ROL SECUNDARIO DEL PODER LEGISLATIVO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

Al mismo tiempo que se observa una gran preponderancia del Ejecutivo, en muchos casos existe un rol poco relevante de los parlamentos en situaciones de crisis. En efecto, en muchas ocasiones el ejecutivo ejerce temporalmente ciertos poderes reservados al legislativo¹⁷, a través del mecanismo de la delegación de

13. POSNER, Eric – VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

14. GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pág. 172.

15. POSNER, Eric A. – Vermeule, Adrian, *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pág. 3.

16. FRÍAS, Pedro, “¿Separación de poderes o qué?”, *La Ley*, 3/11/1992, ps. 1-3. Sobre el punto, ver el trabajo de mi autoría “La erosión democrática en los tiempos del Coronavirus: discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial”, *Revista de Derecho Administrativo*, ISSN: 1851-0590, N° 130, julio-agosto 2020, ps. 297-296.

17. Al respecto, ver lo que expuse en el libro de mi autoría *La emergencia económica. El control de constituciona-*

la competencia legislativa. También el Poder Ejecutivo, por sí, dicta normas con fuerza de ley, llamados en Argentina decretos de necesidad y urgencia o en España decretos-leyes¹⁸.

En este sentido, el Poder Legislativo en épocas de emergencia prácticamente no tiene un rol relevante, y renuncia a sus responsabilidades. Como señalaba Rossiter, a pesar de que en muchas democracias la legislatura es la nominalmente encargada con la autoridad final para decidir la iniciación de una dictadura constitucional, en los hechos parecen ser los mismos detentadores de los poderes de emergencia los que deciden si una emergencia existe¹⁹. En esta línea, el Poder Legislativo ha renunciado de a poco a las competencias que tiene asignadas y el ejercicio de facultades legislativas por parte del Ejecutivo se hace más recurrente. En efecto, muchas veces el Legislativo delega en el poder Ejecutivo la potestad normativa, y otras veces, es el propio Ejecutivo quien dicta decretos con fuerza de ley por propia iniciativa. Por ejemplo, en Argentina, ha sido tal el abuso de las facultades legislativas que, con relación a la utilización de los decretos de necesidad y urgencia se ha hecho referencia al “gobierno por decreto”²⁰, y por el abuso de la delegación legislativa, se ha hablado de la existencia de una democracia delegativa²¹. En esta misma línea, se ha puesto de relieve que a lo largo de las décadas el Congreso ha ido perdiendo poder y se ha producido un constante drenaje de su competencia hacia el Poder Ejecutivo, quien se ha convertido, en el árbitro absoluto de la política y de todas las decisiones trascendentes en el plano nacional e internacional²².

Pero no debe olvidarse que el constitucionalismo moderno pretende asegurar, en consecuencia, la supremacía del Parlamento. Por ello, es importante que por el principio de controles y equilibrios (*checks and balances*) se asegure que los

lidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2019, pág. 147 y ss.

18. Al respecto, ver el libro de mi autoría *Los decretos-leyes y el control de la “extraordinaria y urgente necesidad”*, Lajouane, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

19. ROSSITER, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, 298-300

20. HERNÁNDEZ, Antonio María, “Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos”, en VV.AA., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, págs. 22-28.

21. O'DONNELL, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 5, N° 1, 1994, págs. 55-69.

22. BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1990, págs. 258 y 291.

cambios en la distribución del poder no interfieran con la separación de poderes y su control mutuo. Es que no debe perderse de vista que el parlamento debe ser el centro de la vida política de un país, por lo que deben analizarse instrumentos y mecanismos necesarios para garantizarlo, ya que la continuación de la labor del parlamento es un requisito esencial durante una emergencia²³.

En este sentido, creo que es importante destacar lo expuesto por Jackson²⁴ y Siegel²⁵, quienes, en distintos artículos, han puesto de relieve que, si bien tradicionalmente en el derecho constitucional se pone gran énfasis en el estudio en la actuación de los jueces, es importante poner foco también en el modo en que el Congreso lleva adelante las competencias que tiene asignada constitucionalmente. Por eso, sin perjuicio del importante rol del ejecutivo durante una emergencia, es importante que el Poder Legislativo no adopte una posición secundaria en situaciones de emergencia, sino que tenga un rol preponderante en la toma de decisiones. Su accionar, por un lado, debe dirigirse al control sobre los numerosos decretos de necesidad y urgencia que, por ejemplo, ha dictado el ejecutivo durante la pandemia, conforme lo establece la ley 26.122²⁶. En este sentido, debe tenerse presente que el Congreso ha ejercido un control muy pobre, pues desde la sanción de la ley mencionada no ha habido ningún caso de derogación de un decreto de necesidad y urgencia. También, el rol del Congreso es fundamental en la deliberación de medidas a adoptar para solucionar las constantes crisis en las que nuestro país se encuentra sumergido hace un siglo.

V. EN BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO PERDIDO

¿Con que mecanismos se cuentan o se podrían contar para lograr que la actuación preponderante de los ejecutivos durante las emergencias se limite al regreso ordenado a la Constitución normal? A continuación, esbozaré algunos aspectos del planteo.

23. COMISIÓN DE VENECIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Interim Report on the measures taken in the EU member States...”, cit., punto 72.

24. JACKSON, Vicki C., “Pro-Constitutional Representation: Comparing the Role Obligations of Judges and Elected Representatives in Constitutional Democracy”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, 2016, 1717-1788.

25. SIEGEL, Neil S., “After the Trump Era: A Constitutional Role Morality for Presidents and Members of Congress”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 107, 2018, págs. 109-173.

26. B.O. 28/6/2006.

V.1. Establecimiento de reglas claras

Creo resulta trascendente que cualquier redistribución de poder durante la emergencia esté limitada a lo que expresamente se determina en la Constitución y en las regulaciones legales de estado de emergencia. En muchas ocasiones, estas regulaciones de los estados de emergencia y los límites de los ejecutivos en esos supuestos, son claramente insuficientes. Considero que son válidas las apreciaciones de Gargarella, cuando señaló que las últimas reformas constitucionales en América Latina concentraron la mayor parte de sus energías en la creación de nuevos derechos, pero dejaron la organización de poderes básicamente intacta, por lo que las reformas mantuvieron las “puertas de la sala de máquinas” de la Constitución cerradas, olvidando que a fin de introducir cambios sociales en una Constitución debe modificarse principalmente la organización del poder²⁷. Aplicando estas consideraciones del autor a las situaciones de emergencia, creo que es importante modificar, adecuar y precisar las pautas para el ejercicio de los poderes de emergencia para asegurar una efectiva protección de los derechos fundamentales y del respeto al principio de separación de poderes.

Stephen Holmes hace una comparación muy clara respecto de las decisiones adoptadas durante emergencias con los protocolos que siguen los médicos en situaciones de emergencia. Pone de relieve que estos últimos, aun cuando una vida está en juego, siguen estrictos protocolos de cómo actuar, que lleva tiempo su aplicación, pero evitan caer en equivocaciones. Asimismo, destaca la importancia de que aun en emergencia existan reglas y procedimientos claros, pues las reglas no funcionan siempre y exclusivamente como restricciones que inhabilitan, sino que pueden servir como pautas estables, que permiten enfocarse en el propósito, recordar los objetivos a largo plazo y los peligros colaterales que de otro modo podrían pasar desapercibidos en una crisis urgente²⁸.

Así, el establecimiento de protocolos más claros de actuación en emergencias a los que el Ejecutivo debe sujetarse –los cuales esboqué en otra oportunidad²⁹–

27. GARGARELLA, Roberto, *Latin American...*, cit., págs. 185-187.

28. HOLMES, Stephen, “In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror”, *California Law Review*, vol. 97, N° 2, 2004, págs. 303-304.

29. Ver el trabajo de mi autoría “Derechos Humanos y estado de excepción. Sobre la regulación y control de los estados de emergencia”, en CONTE-GRAND, Julio M. – RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Dir.), *Perspectivas*

constituyen una solución para limitar la discrecionalidad prácticamente sin restricciones de la que los ejecutivos suelen gozar para combatir una situación de emergencia.

V.2. Cumplimiento de las reglas existentes

De todos modos, no sólo es necesario prever normas más específicas al control en situaciones de emergencia, sino que es importante que las pocas reglas que existan, se cumplan (más aun cuando están previstas en el propio texto constitucional). Sobre este punto, cabe señalar que el art. 76 de la Constitución Argentina, en una redacción muy breve pero clara, 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”.

Sin embargo, en el marco de la pandemia del Covid-19, fue el propio poder ejecutivo quien no sólo “amplió” la emergencia pública en materia sanitaria que había sido declarada en la ley 27.541³⁰, sino que también prorrogó, por ejemplo, la suspensión de la movilidad de las prestaciones previsionales establecida por un plazo determinado por el Congreso en la ley de delegación. Ahora bien, sólo al Congreso es a quien le corresponde fijar las materias de emergencia pública y el plazo dentro del cual el Ejecutivo puede ejercer las facultades que le delegue, más no podría el ejecutivo “auto-delegarse” funciones legislativas ni “auto-prorrogar” el término fijado por una ley de delegación³¹.

constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio Público. En el derecho argentino y comparado, Abaco, Buenos Aires, 2023, págs. 389-400.

Entre otras cuestiones, se ha planteado que en caso de que el estado de emergencia se prorrogue, se exijan mayorías más amplias para continuar con el régimen extraordinario por un extenso período de tiempo. Sobre el punto, es muy interesante la propuesta que realiza Carlos ROSENKRANTZ en el artículo, “Romans (not the Judges) Have the Solution”, *Texas Law Review*, N° 89, 2011, págs. 1557-1586.

Más recientemente, se ha señalado que deberían buscarse soluciones que no impliquen reformas institucionales. Así, se ha propuesto un modelo de “stop & go”. Este modelo, supone que el rol de los jueces en la emergencia es garantizar que las decisiones de fondo o del futuro (“decisiones del go”) sean adoptadas exclusivamente por el Congreso, mientras que el Ejecutivo podría adoptar decisiones de conservación o del presente. Así, el autor señala que el juez “deberá examinar si la decisión impugnada fue de conservación (stop) o de fondo (go), debiendo, en caso de dudas, decantarse por la posición que limite las potestades presidenciales” (SCARRAMBERG, Juan Martín, “Presidencialismo y emergencia: Un modelo alternativo del manejo de la emergencia”, *Revista de Derecho Público*, t. 2023-I, 2023, págs. 687).

30. B.O. 23/12/2019.

31. Al respecto, ver el artículo de mi autoría “La restricción de los derechos humanos en épocas de emergencia sanitaria, económica y social”, *Revista Derecho y Salud*, Año 4, N° 5, diciembre 2020, págs. 113-131.

V.3. Exigir que el Estado de buenas razones

Otra cuestión trascendente que quiero destacar es la importancia que en las normas de emergencia –las cuales son medidas más restrictivas de derechos que en épocas normales– se den adecuadas explicaciones del obrar estatal³². En efecto, se ha indicado que justamente en esta cuestión radica la diferencia entre un Ejecutivo constitucional y un monarca absoluto: el primero debe dar razones por sus acciones³³. También, como expresó la Corte ya hace mucho tiempo respecto de una ley de emergencia del Congreso, con más razón, cuando se trata de una norma de emergencia, el Estado está obligado a expresar su pensamiento con mayor claridad³⁴.

V.4. Adecuado control jurisdiccional

Finalmente, es importante el control por parte de una judicatura independiente en tanto el control legislativo puede no ser suficientemente efectivo en la práctica para evitar el abuso de poder del Ejecutivo³⁵. Así, los jueces tienen la tarea constitucional de mantener el Estado de Derecho incluso o, mejor dicho, especialmente en épocas de emergencia. En efecto, los órganos judiciales tienen encomendada la tutela y salvaguarda de los derechos y las libertades en contra de las restricciones del Estado. La emergencia tiende a poner a prueba la protección de los derechos y libertades, por lo que cabe esperar que los tribunales sean más vigilantes en tiempos de emergencia. Sin embargo, en ocasiones los jueces han adoptado una posición muy deferente con las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo y el legislativo en épocas de emergencia³⁶.

32. Ver al respecto lo que expuse en autoría *La emergencia económica...*, cit., pág. 331 y ss.

33. HOLMES, Stephen, "In Case of Emergency...", cit., p. 332.

34. CSJN, "Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán", 14/12/1927, Fallos: 150:150. Más recientemente, en el caso "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 4/5/2021, Fallos: 344:809, los distintos votos del fallo de la Corte Suprema hicieron hincapié en la necesidad de "debida justificación", "justificación suficiente" o que no bastaba con la "mera invocación" de la protección de un derecho, para dictar una norma de emergencia que, en aquel caso, afectaba una competencia local. He comentado el caso en el siguiente trabajo: "La doctrina de la emergencia en el precedente de la Corte Suprema sobre clases presenciales", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 136, julio-agosto 2021, págs. 232-241.

35. En relación con el control judicial sobre las normas de emergencia durante la crisis del Covid-19, ver el trabajo de mi autoría: "Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus", en FALKE, Ignacio (dir.), *La Tutela de la Salud Pública. El Derecho Procesal en Épocas del Coronavirus*, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, págs. 91-113.

36. Al respecto, ver lo que expuse en el trabajo "La erosión democrática en los tiempos del Coronavirus...", cit.

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, hay ciertas situaciones que justifican que la rama ejecutiva tenga un rol preponderante en una emergencia. El problema es el exceso, el abuso. Como lo decía la Corte norteamericana el estado de emergencia “no es un cheque en blanco para el Presidente”³⁷.

Es por ello que las soluciones a una situación de emergencia no deben esperarse de las buenas decisiones que pueda a llegar a encontrar un Presidente. La forma más efectiva de combatir una situación de emergencia no se limita a dejar un margen de acción prácticamente ilimitado al Ejecutivo para que solucione una crisis. Por el contrario, es necesario respetar los procedimientos establecidos constitucionalmente y en las leyes reglamentarias. También, es necesario establecer pautas de actuación en una emergencia más claras.

La Argentina está sumida en emergencias desde hace más de un siglo. El constante recurso a las normas de emergencia –como ya lo ponía de relieve Boffi Boggero en el precedente “Russo”³⁸–, más allá de ciertos beneficios temporales, no hacen más que agravar el problema, siendo necesario adoptar soluciones de fondo.

Estamos viviendo nuevamente tiempos de emergencia y se avocinan tiempos oscuros todavía. Es de esperar –como ha ocurrido en las últimas décadas– que la centralidad absoluta de las decisiones recaiga, una vez más, en el Poder Ejecutivo y se produzcan grandes restricciones a los derechos fundamentales.

En este contexto, debe velarse por el cumplimiento estricto de las pautas constitucionales en el ejercicio de las normas de emergencia. También, debe ponerse foco en que el Congreso no se desentienda en la gestión de la crisis y que exista un adecuado control judicial, que no sea excesivamente deferente a las medidas adoptadas, como tradicionalmente lo ha sido. Y así, pueda darse un retorno a la normalidad constitucional, al respeto del principio de separación de poderes y a la plena vigencia de los derechos fundamentales.

37. SCEU, “Hamdi v. Rumsfeld”, 2004, 542 U.S. 507.

38. CSJN, “Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467.