

ALGO MÁS QUE REFLEXIONES SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO EN TIEMPOS DE PANDEMIA(S)



Por Dr. Nicolás Diana

Reflexionar es, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pensar atenta y detenidamente sobre algo. Pensar es formar o combinar ideas o juicios en la mente, opinar algo acerca de una persona o cosa, y tener en consideración algo al actuar.

¿Podemos, por tanto, emitir un juicio de valor sobre la realidad del derecho administrativo a nivel global y nacional, ante los desafíos generados por la emergencia sanitaria declarada mundialmente con causa o como consecuencia del Coronavirus COVID 19?

A priori, adelantamos, al menos para el caso argentino, que la respuesta es negativa.

Cada día en todas partes la lucha contra esta pandemia no cesa, y los instrumentos generados por cada Estado van variando, modificándose, superponiéndose y contradiciéndose con una vocación de permanencia transitoria, sujeta a premisas de validez que entran en vigencia por la mañana y se sustituyen y derogan por la noche. Estamos ante el conocimiento científico en la práctica, asequible para los más desinformados agentes, con hipótesis que se construyen y desechan diariamente con datos e información que encuentra el eje, básicamente y sin ser médico, en: (i) la acelerada velocidad y modalidad de contagio en la interacción social directa del COVID 19; (ii) la fragilidad de los sistemas sanitarios a nivel mundial para dar una respuesta eficiente y eficaz a una saturación que más tarde o más temprano a todos los países, salvo excepciones, les llega o llegará, y (iii) la ausencia, todavía, de un tratamiento común y aceptado por la comunidad científica, como así también de una vacuna para cada una de las mutaciones del COVID 19, enfermedad que tiene al momento que se escribe el presente, poco más de cuatro meses de reproducción.

Mucha ha sido y será la tinta y caracteres que corran para intentar explicar esta realidad.

Esta pandemia, en particular, parece haber corroído las raíces del capitalismo del siglo XXI. En especial, con relación a los países desarrollados (*v.gr.* G7, G20 y BRICS.) Otras pandemias hoy recorren el mundo, o desde hace tiempo ya, y no han despertado el mismo interés de los países más acomodados, en tanto tenidos o tienen como padecientes a los países pobres del mundo (*v.gr.* malaria, dengue, hambre, violencia de género...).

La pandemia en ciernes desnuda así la ausencia no sólo de respuestas sanitarias globales, con críticas en los sistemas de alertas tempranas de epidemias de la Organización Mundial de la Salud, cualquiera sea el origen o causa del virus.

La pandemia ha generado un nuevo estado de excepción que no se relaciona con una guerra civil, insurrecciones o resistencia (a la opresión, interna o externa). Lejos estamos del significado biopolítico del estado de excepción comentado por Agamben, en cuanto a la suspensión de derechos, detenciones y tribunales militares. Siquiera las emergencias económicas, políticas y sociales argentinas, recurrentes o crónicas, contemplan el grado de complejidad y gravedad, en sus causas y efectos, que el COVID 19 ha provocado y dejará una vez superado.

La crisis económica, política y social generada por el COVID 19, ha fulminado de base, toda la literatura en materia de estados de excepción, suspensión de garantías y medidas de emergencia. El cuestionamiento es no sólo sobre la racionalidad del aislamiento y distanciamiento social y los efectos de la suspensión y paralización de la actividad económica de los Estados (comercial, industrial, financiera y de servicios). El cuestionamiento, *ex post*, será también sobre sus efectos y sobre el rol del Estado (...pero de ¿qué Estado?) como actor necesario en este conflicto contra un enemigo universal e invisible a la vista humana.

El derecho, según ha apuntado Duverger, tiene tres funciones esenciales con relación al poder político (el Estado): organización, legitimidad y garantía (frente a los abusos de poder para los particulares y de equilibrio entre los distintos poderes en la teoría clásica).

El derecho administrativo, como derecho constitucional concretizado –que incluye el derecho internacional de los derechos humanos– verbo del ideal que cada sociedad tiene para sí como proyecto colectivo, se ve así interpelado a diario. Es la rama del derecho que genera los instrumentos jurídicos (*v.gr.* decretos, resoluciones, disposiciones, notas, circulares, protocolos...) que el Estado, en el ejercicio de la función administrativa, no ha dejado de emitir y apoyarse en todas las jurisdicciones y niveles de gobierno (nacional, provincial, municipal) desde el momento de avance de la pandemia. Centenares de normas publicadas digitalmente pueden ser consultadas e interpretadas por cualquier ciudadano.

Tales instrumentos han colocado a los Gobiernos frente a dilemas morales que mutaron en dilemas políticos.

La decisión de priorizar el derecho a la vida (salud) frente a las libertades económicas y ambulatorias, y el impacto que la extensión en el tiempo supone la restricción parcial o total de aquellas (*v.gr.* no sólo en materia de ingresos públicos y privados, sino desde el plano psicológico y social). Los dilemas morales apuntados –en rigor de verdad uno sólo: vida vis-a-vis libertad– se justifican por una cuestión racional que viene dada por la cantidad de recursos sanitarios disponibles ante una eventual demanda masiva de la población a los efectores públicos y privados.

¿Podía la República Argentina y sus subdivisiones políticas responder a una demanda sanitaria masiva con un alto índice de internación? ¿Qué relación existe entre el incremento de contagios por COVID 19, y pobreza?

A la primera pregunta, la respuesta es negativa. Ningún país, con excepción de Korea del Sur y Alemania, parecen haber tenido presente un escenario de la magnitud actual en la planificación de sus sistemas sanitarios. Ninguno contempló una situación de emergencia como la actual.

A la segunda pregunta, podemos señalar que el nivel de contagio es directamente proporcional a la situación de pobreza sistémica y crónica de gran parte de la población argentina.

La Argentina es país de claroscuros, de extremos sociales cada vez más marcados. Extremos en los que no se trata sólo de pensarlos o analizarlos en clave de distribución del ingreso y concentración de la riqueza o pobreza. Extremos que requiere evaluar por parte de los operadores jurídicos el modo, la forma y el contenido en que la pandemia ha exacerbado y hecho emerger diferencias entre el discurso jurídico (formal) y la práctica, cómo ese discurso y su expresión impactan en la sociedad más desaventajada.

En la Argentina, para bien o para mal, la pandemia puso en evidencia, entre otras cuestiones: (i) la molición analógica en la que nos encontramos inmersos; (ii) la ausencia de bancarización y/o uso de plataformas bancarias y financieras virtuales y universales; (iii) la concentración digital de los sectores más acomodados; (iv) el analfabetismo digital de ciertos sectores sociales y rangos etarios; (v) la mala comunicación entre distintos niveles de gobierno y antes al tiempo de implementar medidas radicales; (vi) la ausencia de capacidad de ahorro de la mayoría de la población producto de una situación económica previa igualmente crítica; (vii) lo obsoleto de las estructuras y sistemas de control, fiscalización y seguimiento de abastecimiento y precios en épocas de desabastecimiento; (viii) la alta dependencia política y económica de los gobiernos provinciales y municipales del gobierno federal; (ix) la ausencia de procesos ágiles en materia de compras, con eventuales desvíos justificados en razón de la emergencia; (x) el alto nivel de acatamiento social a las medidas de aislamiento pese al estigma de considerarnos un país o región anómicos, y (xi) la aceleración de migración hacia el teletrabajo o trabajo remoto y el uso de la firma digital, entre otros.

La pandemia –a nivel global– reposicionó a los Estados nacionales en un rol fundamental al suplir, para países con sistemas de salud pensados en clave mercantilista y proveídos principalmente por el privados bajo un esquema subsidiario, la prestación de la atención sanitaria. En línea con ello, distintas medidas de gobierno fueron aplicadas por todos los países sin excepción y dentro de los recursos disponibles, con la finalidad de mitigar el impacto económico y social (*v.gr.* rebajas o postergación de impuestos, subsidios a los salarios privados o asunción de su pago por el propio Estado, préstamos a tasas bajas, creación o aumento de asignaciones económicas para los más desaventajados o bien impedidos de llevar adelante su actividad económica, medidas especiales para

grupos de riesgo, entrega de alimentos y medicamentos, etc.).

El escenario, así sintetizado, desafía al derecho administrativo, como a toda la sociedad en su conjunto, en pensar herramientas no sólo para el hoy, sino para el día después que el COVID 19 sea controlado, por vía de algún tratamiento o medicamento, o bien por una vacuna.

El desafío, a modo de reflexión, nos posiciona a quienes, por vía del azar, el esfuerzo o el destino nos situamos en un lugar de privilegio, a analizar y proyectar un horizonte donde el esfuerzo colectivo será aún mayor. El derecho administrativo deberá acompañar esta nueva etapa, dejando de lado, probablemente, muchos de los dogmas decimonónicos que repetimos cuando ejercemos la docencia y también nuestros tribunales.

La pandemia ha interpelado a toda la sociedad, nos ha mostrado una radiografía de lo que somos, y de lo que se puede hacer. En poco más de un mes, con autonomía de las diferencias partidarias de cada gobierno, la Argentina ha reforzado su sistema sanitario, ha acelerado inversiones en infraestructura sanitaria que venían demoradas durante décadas, se ha generado la idea que, si bien el intercambio social presencial es lo que nos hace humanos, también se puede trabajar, estudiar, reír, llorar, producir, comprar, vender y también soñar por las vías digitales. Tanto el sector público como el privado aceptaron estas nuevas reglas, en un salto tecnológico y, en especial, cultural exponenciales.

Entendemos, en consecuencia, que el derecho administrativo deberá revisar y repensar, por ejemplo: el concepto y alcance del servicio público; la virtualización, accesibilidad y agilidad de los procedimientos administrativos; el diseño de compras eficientes, transparentes y en tiempo real, abiertos al escrutinio de la comunidad toda; la necesidad del uso de un lenguaje accesible para todas las personas, en canales de comunicación que consideren los niveles socioculturales; su intervención en el diagnóstico, diseño, implementación y seguimiento de políticas públicas, entre otras cuestiones.

Toda crisis se traduce en una oportunidad y responsabilidad.

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.

La responsabilidad es de toda la sociedad. 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.

Probablemente, el lector habría esperado una opinión esquemática de las medidas de emergencia aplicadas, tipo y contenido, una crítica sobre la razonabilidad y proporcionalidad de ellas, partiendo de los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 260/20 y 297/20, hacia adelante en el tiempo.

En tiempos de pandemia, nos sinceramos, cuesta no tener la vista nublada por el encierro que supone el aislamiento.

Sin embargo, habrá mucha luz por delante una vez que, con el problema sino solucionado, al menos controlado, se nos habilite hacer un análisis más científico, si vale esa calificación para el conocimiento jurídico. Y fruto de ese análisis, podremos escudriñar nuevas ideas y proyectos para un nuevo derecho administrativo más inclusivo y más preparado para nuevas crisis.