



PROGRAMA DE ESTUDIOS INSTITUCIONALES
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
gioja@derecho.uba.ar

Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia

13 de julio de 2020

Autoras/es: Marcelo Alegre, Ramiro Alvarez Ugarte, Maricel Asar, Roberto Gargarella, Nahuel Maisley, Julio Montero, Liliana Ronconi.¹

ESTRUCTURA DEL INFORME

I. LAS ALTERNATIVAS QUE PREVÉ LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LAS EMERGENCIAS	2
1. El Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU).	2
a. Exigencias constitucionales para los DNU	2
b. Los escasos argumentos vertidos para justificar la constitucionalidad	3
c. ¿Puede salvarse la constitucionalidad de las limitaciones establecidas por DNU a través de su ratificación posterior por el Congreso?	4
2. La Delegación Legislativa (DL)	5
3. El Estado de Sitio (ES).	6
II. LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA	7
III. CONCLUSIÓN	9

Presentamos a continuación *un estudio sobre la constitucionalidad de las limitaciones de derechos establecidas por el Estado argentino, y en particular por el Poder Ejecutivo, durante la emergencia provocada por el COVID-19*. Pensando en lo hecho ya, pero sobre todo en el tratamiento futuro de esta y otras emergencias que pudieran suscitarse, nos preguntamos: ¿el Poder Ejecutivo se encuentra autorizado constitucionalmente a adoptar medidas que incluyen la severa limitación de derechos? *La hipótesis que mueve a este trabajo es que constituciones como la de Argentina han sido diseñadas, razonablemente,*

¹ Agradecemos la colaboración de Miguel Benedetti, Juan Sáenz y Sebastián Guidi.

para exigir siempre, pero sobre todo en circunstancias de emergencia, la preservación de dos elementos centrales para nuestra vida en sociedad: la democracia y los derechos.

Ante todo, sostenemos que la Constitución exige acuerdos democráticos profundos y extendidos (entre las distintas ramas de gobierno y, más generalmente, entre las distintas cosmovisiones políticas existentes en la sociedad), como respaldo de las regulaciones que se adopten. Tales acuerdos democráticos deberían reemplazar las decisiones adoptadas – con mayor o menor racionalidad– por unos pocos, y sin el recurso al debate público. El presupuesto del que se parte es que, en una sociedad democrática, los desacuerdos razonables que tenemos sobre cuestiones públicas controvertidas, deben ser resueltos a través del diálogo colectivo.

Por lo demás, nos interesa subrayar que la Constitución protege el derecho de autonomía personal, prohibiéndole al estado criminalizar conductas que no representen un peligro concreto de daño a terceros. El estado puede, por supuesto, establecer restricciones temporarias a las libertades individuales con el propósito de proteger la salud de la población, pero cada una de estas restricciones debe estar avalada por la mejor evidencia científica disponible. El Estado debe presentar públicamente esta evidencia, y el Poder Judicial debe ejercer un control estricto de la legalidad y razonabilidad de las medidas.

Reflexionamos sobre lo ocurrido a la luz de i) el papel protagónico adoptado por el Poder Ejecutivo en la adopción de medidas contra la pandemia, y ii) las severas limitaciones de derechos constitucionales implicadas en ellas. Para ello, comenzaremos analizando las tres únicas vías que prevé la Constitución para afrontar situaciones de emergencia (y la eventual permisón de limitaciones de derechos) por parte del Poder Ejecutivo: los decretos de necesidad y urgencia; la delegación legislativa; y el estado de sitio. Más concretamente analizamos la experiencia de la emergencia actual teniendo en cuenta los recaudos y limitaciones de cada una de esas vías constitucionales. Luego, focalizaremos nuestra atención, en particular, sobre la permisibilidad de las medidas tomadas, a la luz del principio constitucional de autonomía personal e igualdad.

I. LAS ALTERNATIVAS QUE PREVÉ LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LAS EMERGENCIAS

1. El Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU).

Según sostiene la Constitución Argentina, en su artículo 99 inc. 3, “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.” Inmediatamente, sin embargo, el mismo artículo habilita los decretos de necesidad y urgencia bajo condiciones muy estrictas y frente a situaciones por demás extremas. La Constitución establece, además, una prohibición absoluta para los DNUs que pretendan regular materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.²

Examinemos entonces, con algún detalle, las exigencias de la Constitución en esta materia y su aplicación a nuestra situación actual.

a. Exigencias constitucionales para los DNUs

El artículo 99, inciso 3 de nuestra Constitución establece que el Poder Ejecutivo solamente puede dictar decretos de necesidad y urgencia en aquellas circunstancias en

² La Constitución agrega, finalmente, que los DNUs “serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

que se cumplan dos condiciones, acumulativas. Primero, debe haber una necesidad extrema de adoptar una medida inmediata – debe haber, en los términos de la Constitución, “necesidad y urgencia”. Y, segundo, debe haber un impedimento fáctico para que el Congreso se reúna y funcione – es decir, “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace ya tiempo que sostiene que esta última condición comprende dos posibilidades. Afirmó que el Poder Ejecutivo para poder ejercer estas atribuciones que “en principio, le son ajenas” debe encontrarse frente a ocasiones excepcionalísimas en las que el Congreso se encuentre cerrado o a aquellas circunstancias que exigiesen una reacción más rápida que la que el Congreso podría dar según el trámite ordinario.³ Sea cual sea la situación en la que se encuentre, lo que es claro es que la “emergencia” es una condición necesaria pero no suficiente para el dictado de DNU: si el Congreso puede lidiar con la emergencia, debería ser este quien asuma dicha responsabilidad institucional.⁴

En el contexto de la pandemia, el Poder Legislativo mostró en un comienzo dificultades -algunas más comprensibles y justificables que otras- para el desarrollo de sus sesiones. A la hora de analizar los impedimentos causados por la pandemia al funcionamiento legislativo, es importante recordar dos cuestiones adicionales. Primero, que en otros países el Congreso no dejó de reunirse, siquiera en el peor momento de la pandemia, para determinar si concedía o no, o si extendía, poderes delegados al presidente.⁵ Y, segundo, que nuestro país “recibió la emergencia” con dos meses de atraso en relación con países europeos, por ejemplo, lo cual elimina la idea de una “sorpresa” o evento súbito que obligaba al Ejecutivo a decidir por sí solo. *En todo caso, lo cierto es que hace meses que el Congreso ya se encuentra en funciones (paradójicamente, reafirmando la posibilidad de funcionar durante “el pico de la pandemia”). La pregunta que surge entonces es por qué no canalizar los acuerdos políticos que las medidas de emergencia requieren, tomando como centro su recinto natural, que es el Congreso de la Nación. Es decir, por qué no reencauzar constitucionalmente las políticas del caso.*

b. Los escasos argumentos vertidos para justificar la constitucionalidad

Dado este marco constitucional, es el Poder Ejecutivo quien tiene la carga de la prueba respecto del cumplimiento de las dos condiciones impuestas por el artículo 99. En nuestro caso, no obstante, el Poder Ejecutivo no hizo grandes esfuerzos argumentativos para cumplir con los estrictos requisitos constitucionales. La saga de DNUs de la pandemia justificaron su adopción en “una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes,” enfatizaron la velocidad de la propagación del virus y la falta de “un tratamiento viral efectivo” que exigían “que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.” Urgencia y celeridad, dijo el Poder Ejecutivo.

¿Qué dijo mientras tanto el Congreso? Sentencia de la Corte Suprema mediante, y después de dos meses, el Senado se reunió virtualmente por primera vez en su historia

³ CSJN, Fallos: 322:1726 (“Verrocchi”, 1999), especialmente considerando 9, y CSJN, Fallos: 333:633 (“Consumidores Argentinos”, 2010), con varios votos concurrentes.

⁴ Esta es una cuestión importante para nuestro debate actual, en donde ha sido común considerar a la emergencia como condición suficiente para habilitar el dictado de los decretos de urgencia.

⁵ Véase por ejemplo, el caso de España.

justamente para discutir si aprobaba un paquete de veinte DNU dictados durante la pandemia. Oficialismo y oposición convalidaron los DNU por unanimidad (salvo respecto de dos decretos).⁶ Se analizó entonces la validez constitucional de los DNU: que se daba la necesidad y urgencia, que las decisiones fueron razonables (amén de su mérito político) y también se afirmó que se había dado la imposibilidad de los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.⁷ Como sugirió un senador en la sesión, tal afirmación era paradójica, pues era el propio Congreso, en funcionamiento, quien la estaba haciendo.⁸ En todo caso, *la pregunta que debió y deberá contestar el Congreso ya en funcionamiento es qué rol institucional ocupará hacia adelante.*

Finalmente, una breve referencia sobre el control judicial que se ejerce, según nuestra práctica constitucional, sobre los DNU. En “Consumidores Argentinos”, la Corte señaló que si cuando el Poder Legislativo invoca una emergencia para restringir derechos el Poder Judicial debe controlar que esa invocación tenga correlato con la realidad, con mayor razón deberá entonces el Poder Judicial controlar ese correlato en el caso de los DNU “unilaterales” del Poder Ejecutivo. En esta última sentencia, con abundantes citas del debate constituyente de 1994 que se trazó como objetivo atenuar el presidencialismo, la Corte Suprema afirmó que no se podía admitir que el Poder Ejecutivo sustituya “libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial”⁹, y además de supervisar si existió emergencia, en el caso controló si la medida dictada tenía relación con la coyuntura invocada.

c. ¿Puede salvarse la constitucionalidad de las limitaciones establecidas por DNU a través de su ratificación posterior por el Congreso?

La ratificación de los DNU por el Congreso no remedia el incumplimiento del requisito deliberativo impuesto por la Constitución. Ello es así, primero, porque la propia Constitución dispone que los DNU pasan por una sola comisión (bicameral) antes de ir al recinto, integrada por ocho diputados y ocho senadores respetando la proporción de las representaciones políticas (conf. ley 26.122 de 2006; esto es, la mitad, o más, oficialistas). Hablamos, entonces, de pocas voces y de un trámite burocrático (se vota a favor o en contra los dictámenes de aprobación o rechazo). Pero, además, dicha ley consagró la eficacia de los DNU con la voluntad de una sola de las cámaras (art. 24) y la imposibilidad de realizar modificaciones sobre el DNU. Se trata de un proceso de revisión que es menos exigente que el necesario para la sanción de leyes (ya que basta con una sólo cámara y el silencio opera a favor del ejecutivo), por lo que el procedimiento adoptado es endeble desde el punto de vista democrático (y, por ende, constitucional). *Subrayamos este punto, dado que representa uno de los desafíos más importantes que enfrenta nuestra democracia constitucional en este tiempo: se trata de determinar si estamos dispuestos a avalar un deterioro semejante de nuestro debido proceso constitucional, convalidando de ese modo la concentración del poder.*

⁶ Los rechazos de la oposición se limitaron al DNU 313/20, y 329/20. Véase la discusión en Honorable Senado de la Nación, *Versión taquigráfica*, Período 138°, 2ª Sesión especial, 13 de mayo de 2020.

⁷ *Ibid.* Sobre este último punto, véase especialmente la exposición del Senador Pais, p. 27.

⁸ *Ibid.* Sobre esto, véase por ejemplo las palabras del Senador Naidenoff, p. 64 (“Estos decretos los acompañamos, claro está, como decisión política. ¿Cuál es la paradoja? Que el Congreso está en funcionamiento”).

⁹ CSJN, Fallos: 333:633 (2010), cons. 7.

También es necesario recordar que, según la doctrina jurisprudencial nacional y extranjera, las restricciones a las libertades más básicas no resultan justificables –en una sociedad democrática– con valoraciones genéricas (la conveniencia, el bienestar, la paz social, la unión nacional, la salud pública), sino que se requiere a su respecto un escrutinio más estricto donde es necesario fundamentar las medidas con estándares tales como eficacia, proporcionalidad, equidad y necesidad.¹⁰ Ello es exigible –naturalmente– en el propio origen de la norma (tanto más que a posteriori, cuando el Estado ya está en juicio por su aplicación), y el único ámbito en el que es posible razonar y resolver colectivamente sobre la base de tales estándares (que muchas veces requieren poner mucha información sobre la mesa, y argumentación sobre los mejores remedios) es el Congreso, a través de los canales parlamentarios.

Por último, el sistema de control que prevé la ley 26.122 es problemático también en su funcionamiento. De un análisis de 219 dictámenes de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo entre junio de 2008 y noviembre de 2019, encontramos que en 188 oportunidades el dictamen de mayoría recomendó darle validez al decreto bajo revisión. Estos datos sugieren que *el control que realiza el Congreso es más bien formal y que el Poder Ejecutivo tiene altas chances de sostener la validez del DNU luego de la revisión legislativa, que sigue un proceso---como se dijo---endebles desde el punto de vista constitucional.*

2. La Delegación Legislativa (DL)

La delegación legislativa refiere a una atribución del Congreso en su relación con el Ejecutivo (a diferencia de los decretos de necesidad y urgencia, que representan una atribución propia del Ejecutivo). La regla que establece el artículo 76 de la Constitución en materia de delegación legislativa es la estricta *prohibición*¹¹ –del mismo modo que ocurre, como vimos, con los decretos de necesidad y urgencia, y en general con la posibilidad de que el Ejecutivo emita disposiciones legislativas. El artículo 76, luego de enunciar dicha prohibición rigurosa, avanza en calificaciones para terminar autorizando ciertas delegaciones, pero –otra vez– bajo reglas muy restrictivas.

Nos interesa subrayar que el examen de las disposiciones constitucionales vinculadas a la validez de los decretos delegados resulta de enorme importancia a la hora de evaluar lo actuado por el Ejecutivo desde el comienzo de la pandemia. Ocurre que, a través del DNU 260/2020, el presidente decidió ampliar la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, por el plazo de un año desde la sanción del decreto. La constitucionalidad de dicho decreto es controvertida. En primer lugar, el texto evidencia la utilización simultánea de dos institutos de emergencia distintos. Tal como se señaló con anterioridad, de las previsiones del artículo 76 surge explícitamente que la facultad de declarar la emergencia pública es del Congreso de la Nación para luego delegar al Poder Ejecutivo atribuciones legislativas que a su vez están supeditadas a las bases y el tiempo que el Poder Legislativo decida fijar. Por tanto, podría argumentarse que mediante

¹⁰ El origen del test estricto suele ubicarse en la nota 4 del caso “United States vs Carolene Products” (304 U.S. 144, 1938), donde se postularon sus primeras ideas. En el ámbito local, ver casos “Repetto” (CSJN, Fallos: 316:1930, 1988) y “Hoofit” (Fallos: 327:5118, 2004), sobre discriminación por nacionalidad.

¹¹ Dice el art. 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

dicho decreto y sobre la base de una interpretación demasiado amplia de sus facultades, el Poder Ejecutivo ha asumido facultades propias del Poder Legislativo.

*Asimismo, cabe resaltar que la alternativa constitucional de la delegación legislativa requiere un control judicial muy estricto, que incluye la evaluación constante sobre si los decretos presidenciales se mantienen dentro de las bases de delegación del Congreso.*¹²

3. El Estado de Sitio (ES).

Otro de los institutos previstos por la Constitución Nacional para afrontar situaciones de emergencia, es aquel que requiere la declaración del estado de sitio, definido por el art. 23¹³. En tales casos, dice la Constitución, el presidente “no podrá...condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.” *Justamente, y dada la gravedad de lo que se autoriza, en materia de limitación de derechos, es que la Constitución y la práctica local han establecido restricciones fuertes para la declaración del estado de sitio, y controles significativos sobre lo que el Ejecutivo pueda hacer durante el mismo.*

El gobierno argentino, durante la pandemia, optó por no declarar –y con razón, sin dudas– el estado de sitio. Tal decisión pudo deberse a una diversidad de razones. Muchas de ellas parecen fácilmente reconocibles, siendo que la medida de declarar un estado de sitio es tan extrema; que son tan fuertes las resistencias sociales al mismo; y que es tan crítica la memoria colectiva en la materia.¹⁴ *A la luz de lo anterior, podríamos decir que –por lo que el estado de sitio implica y por lo que representa– el gobierno hizo bien en no dictar un estado de sitio para lidiar con la emergencia. Por lo demás –debiera ser obvio– la correcta decisión de no recurrir a un estado de sitio no habilita al presidente a desnaturalizar los otros mecanismos de emergencia que aparecen a su alcance.*¹⁵

¹² En “Colegio Público de Abogados” (CSJN, Fallos: 331:2406, 2008), también invocando el espíritu de atenuación del presidencialismo en la Constituyente de 1994, la CSJN afirmó su deber de controlar la concurrencia de cada uno de esos presupuestos y en ese caso puntualmente consideró que la base de delegación de la ley de emergencia, en ese inciso, era demasiado genérica y que además el decreto delegado excedía tal base.

¹³ Dice el art. 23: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino” Y agrega el art. 99.inc. 16. que el presidente “declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo.”

¹⁴ Parece claro que la sociedad argentina recuerda traumáticamente las experiencias de estado de sitio, asociadas ya sea a golpes de estado; ya sea al trágico final del gobierno del presidente Fernando De la Rúa.

¹⁵ En todo caso, veamos con algún detalle adicional los alcances y límites de las medidas restrictivas de derechos que podrían haber seguido a una declaración de estado de sitio. Según la jurisprudencia, el plazo de su extensión resultaría un requisito fundamental para analizar la validez constitucional del estado de sitio. En tal sentido, se ha expresado nuestra Corte Suprema al señalar que “el plazo que debe contener la declaración del estado de sitio resulta condición de validez del acto de suspensión de las garantías y, además, debe ser breve. Aun cuando las condiciones que dieron lugar a la declaración del estado de sitio se mantuviesen en el tiempo, la fijación de un corto lapso a la vigencia de aquél obliga a los poderes ejecutivo y legislativo a la discusión periódica de la medida, lo cual se compadece con los sanos principios que deben imperar en un gobierno republicano y representativo” (“Granada” CSJN, Fallos 307:2285, 1985). Dicho

II. LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El artículo 19 de la Constitución establece que “[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado, a partir de este artículo, que el estado no puede prohibir aquellas conductas “que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”.¹⁶

El artículo 2 del DNU 297/2020, que estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, dispuso que “las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren... al momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos”. El artículo 4, a su vez, enmarcó las violaciones a esta disposición en los artículos 205 y 239 del Código Penal. En el propio decreto, el Poder Ejecutivo justificó la constitucionalidad de estas decisiones basándose en “el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas”.

La preservación de la salud pública puede ser, *prima facie*, una justificación aceptable para imponer restricciones a las libertades individuales. Aquí es posible identificar dos argumentos: el daño a terceros y el daño a uno mismo (argumento paternalista). Respecto de las prohibiciones para no dañar a terceros, una vez más, la carga de la prueba recae sobre el Estado, que es quien debe probar la existencia de un “peligro concreto” de que cada una de las conductas prohibidas pueda generar un daño sobre la salud o la vida de terceros. “Pero aun esto no es suficiente”, explica Carlos Santiago Nino, “ya que -dado el hecho de que prácticamente cualquier acción que realizamos produce algún efecto sobre terceros- su eventual carácter nocivo puede alegarse, con sinceridad o hipocresía para

estándar fue subrayado, de manera particular, por la Corte Interamericana que sostuvo que, para que la suspensión declarada se adecúe a los estándares de la Convención, la misma debe disponerse “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación” (Cfr. Corte IDH “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 4 de julio de 2007). Asimismo, y en relación con la juridicidad de las medidas adoptadas, la Corte Interamericana tiene dicho que, la validez de estas dependerá del carácter de la emergencia y de la relación de razonabilidad y proporcionalidad que tales medidas guarden con la situación excepcional. En tal sentido, ha puesto énfasis en la idea de que las situaciones de emergencia no invisten al gobierno con poderes absolutos y que, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (Cfr. Corte IDH OC 8/87, del 30 de enero de 1987). Por último, ha señalado que “el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción (...) se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1- consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.” (Cfr. Corte IDH “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, párr. 54; y, en similar sentido en Corte IDH OC 9/87, del 6 de octubre de 1987, párr.41).

¹⁶ CSJN, Fallos 332:1963 (“Arriola”, 2009), voto de Maqueda y Highton de Nolasco, consid. 29. Véanse también expresiones similares de Lorenzetti (consider. 18-19) y Argibay (consider. 12-13).

interferir con ella. Además de que la interferencia debe basarse en razones referidas al daño a terceros, ese daño debe ser sustancial”.¹⁷

En este caso, primero, la prohibición general establecida por el DNU no solo no especifica instancias de peligro concreto, sino que además invierte el principio constitucional, estableciendo una presunción *iuris et de iure* de que toda actividad de las personas fuera de sus casas es pasible de generar un daño significativo a terceros. De este modo, delinea lo que se conoce como un “delito de peligro abstracto”, prohibido por la Constitución. Como explica Eugenio Raúl Zaffaroni, en materia penal, las presunciones que no admiten prueba en contrario, como la establecida por el DNU 297, no son válidas pues “sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay”.¹⁸

En segundo lugar, además, existe hoy en día consenso en la comunidad científica de que numerosas actividades prohibidas por el DNU 297 no generan un riesgo significativo de contagio.¹⁹ Este es el caso de cualquier actividad al aire libre en la que no haya aglomeramiento de personas (e incluso en esos casos, la evidencia disponible sugiere que el riesgo de contagio puede ser muy bajo).²⁰ Este consenso fue reconocido por el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el Ministro de Salud de la Nación.²¹ En otras palabras, el DNU 297 y sus extensiones criminalizan conductas que, a sabiendas del Estado, no siempre generan peligro para terceros, y por lo tanto son manifiestamente inconstitucionales.

En tercer lugar, el artículo 19 exige una ponderación del riesgo de daño generado por la conducta y la afectación sobre el plan de vida de la persona a quien se le prohíbe la acción en cuestión. En palabras de Carlos Nino: “Si la acción en cuestión es periférica para el plan de vida elegido por el agente o para cualquier plan de vida concebible, o si ese plan de vida puede materializarse a través de acciones sustitutivas con igual o menor costo para el agente, un daño para terceros menos importante que el que se exigiría si la acción fuera central o insustituible para ejecutar el plan de vida del agente, bastará para justificar

¹⁷ Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 306.

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 492.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Michael Levenson, Tara Parker-Pope, y James Gorman, “What We Know About Your Chances of Catching the Virus Outdoors”, *THE NEW YORK TIMES*, 15 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

²⁰ Véase, por ejemplo, Tara Parker-Pope, “How Safe Are Outdoor Gatherings?”, *THE NEW YORK TIMES*, 7 de marzo de 2020, disponible [aquí](#).

²¹ El 28 de junio, el Ministro de Salud afirmó: “Por supuesto que el riesgo es bajo en los runners salvo que lo hagan como fueron los primeros días, que fue un desastre, que iban todos juntos. Después de eso, también tenía una gestualidad”. Según Ginés González García, el foco estuvo puesto en lo gestual: “Obviamente tenemos muchas precauciones también en lo gestual. También el entrenamiento del fútbol es posible en los jugadores de elite. Pero el efecto gestual sobre los que quieren jugar al fútbol o los que quieren correr y están en otras jurisdicciones no es bueno, sobre todo en el conurbano; no es bueno ver una vida de ese tipo (...) El efecto gestualidad es más que la razón técnica del contagio, que algo hay, y también tiene que ver con cumplir y hacer cumplir. Todos tenemos que tratar en estos días de hacer bien las cosas”. Véase “Ginés González García admite que prohibieron a los runners por una cuestión de imagen “más que por los contagios”, *DIARIO CLARÍN*, 28 de junio de 2020, disponible [aquí](#). Dos días antes, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires había sostenido en el discurso en el que se anunciaron nuevas restricciones que “por más que yo estoy convencido que al aire libre el riesgo es menor, nunca es cero, nunca el riesgo es cero, por eso restringimos esta actividad” (disponible [aquí](#)).

la interferencia con ella.”²² En este caso, el mínimo riesgo que podrían generar ciertas conductas debe ser, entonces, ponderado con la significativa afectación a los planes de vida de las personas, quienes se han visto impedidas de salir de sus casas durante más de cien días (y contando).

Por último y en lo que respecta al argumento paternalista, esto es, cuidar la vida de cada ciudadano/a, nuevamente la carga recae sobre el Poder Ejecutivo que debe demostrar la razonabilidad de las medidas adoptadas. En este sentido, *el principio de igualdad se hace presente a fin de exigir razones respecto de la suficiencia de las medidas adoptadas*. Así, la protección que implica el aislamiento social, preventivo y obligatorio podría resultar obvio, y hasta incluso plausible, para ciertos grupos que pueden “quedarse en casa” pero no para otros donde las medidas que se han tomado son insuficientes. En sociedades marcadas por situaciones de desigualdad estructural que padecen grandes grupos -que casualmente vimos a lo largo de estos días y los números globales parecen demostrarlo- son quienes resultan(ran) más afectados por esta pandemia. Para estos grupos no alcanzan las medidas genéricas como las que se han tomado. Muestra clara de ello fue la exclusión originaria de las mujeres víctimas de violencia, las personas en situación de calle, las personas que viven en viviendas y barrios sin condiciones de mantener la distancia social. Asimismo, en términos económicos la ayuda se torna insuficiente si no se tienen en cuenta las particularidades de cada grupo, sobre todo ante las situaciones de informalidad laboral por ejemplo, o cuando los requisitos exigidos son de imposible cumplimiento en pleno contexto de aislamiento.

III. CONCLUSIÓN

Habiendo analizado los distintos mecanismos que prevé la Constitución para lidiar con situaciones de emergencia, podemos concluir que los medios por los que ha optado el Poder Ejecutivo para gestionar la presente pandemia –no sólo, pero particularmente, desde que el Congreso ha comenzado a funcionar– resultan jurídicamente controvertibles. Más allá de las decisiones que corresponda tomar en relación con lo ya actuado (decisiones que, en todo caso, deberán resguardar los derechos constitucionales entonces y todavía en riesgo, y que muchas de las medidas públicas adoptadas pretendieron amparar), nos interesó aquí reflexionar sobre las exigencias de la Constitución en la materia para tener presentes tales requerimientos para el futuro. En nuestro país, como en toda América Latina, los poderes adicionales que adquieren o se arrojan los ejecutivos, tienden a consolidarse y normalizarse.

Es dable esperar que convivamos, en los tiempos que vienen, con la permanencia de un poder concentrado en pocas manos. Dicha situación se encuentra en directa tensión con lo que nuestro ordenamiento constitucional exige. Por lo demás, y a la luz de nuestra historia, se trata de una situación riesgosa y siempre indeseable. Las situaciones de emergencia suelen poner nuestros derechos constitucionales en riesgo, y suelen requerir, para su remedio, limitaciones de derechos. Por ello, en tales ocasiones es cuando más necesario se torna el adoptar decisiones jurídicas constitucionalmente sólidas, que además resulten democráticamente legítimas.

La legitimidad democrática, debiera resultar claro, no se deriva de lo que pueda decir una encuesta circunstancial; ni de la consulta discrecional que pueda hacer el Ejecutivo con

²² Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 306.

políticos/as cercanos/as; ni, mucho menos, de lo que pueda concluir ningún comité de bienintencionados/as expertos/as. La democracia constitucional es otra cosa. En sociedades plurales y multiculturales como la nuestra, los razonables desacuerdos que podemos tener acerca del contenido de las decisiones políticas que debemos tomar, y las diferencias acerca de cómo resguardar derechos, deben ser discutidas y resueltas colectivamente. *La democracia constitucional exige que los acuerdos colectivos sean más extendidos y más profundos cuanto mayores sean las dificultades y riesgos que enfrentamos.*