

La emergencia y el estado constitucional de derecho

*Alberto Ricardo Dalla Via**

Resumen

La pandemia del coronavirus plantea una situación inédita de una verdadera emergencia por un hecho natural en un país acostumbrado a reiteradas emergencias económicas y sociales. De hecho, cuando la OMS declaró la pandemia, Argentina ya estaba en emergencia económica y amplió la emergencia sanitaria recurriendo a los DNU que recién ahora están siendo revisados por el Congreso. Los antiguos institutos de excepción como el estado de sitio y la intervención federal han contribuido a la vulneración de derechos y a la concentración del poder. Es menester superar el discurso “decisionista” por una actitud democrática, considerando la pandemia como un problema de todos y no una oportunidad para el cesarismo. El trabajo se propone demostrar la eficiencia de la separación de poderes para el control y la búsqueda de consenso en decisiones eficientes, respetando el liderazgo del presidente de la Nación pero abogando por un espacio de mayor consulta con todos los sectores. Asimismo, los institutos de emergencia incorporados por la reforma de 1994 deben cumplir con los trámites constitucionales.

Palabras clave: Estado de Derecho, separación de poderes, emergencias, estados de excepción, derechos individuales.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público I (Universidad de Buenos Aires), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Académico de Número de la Academia Nacional Cs. Morales y Políticas; alberto.dalla-via@pjn.gov.ar.

Emergency and the Constitutional State of Law

Abstract

The Coronavirus pandemic poses an unprecedented situation of a true emergency due to a natural event in a country used to repeated economic and social emergencies, in fact, when the WHO declared the pandemic, Argentina was already in an economic emergency and expanded the health emergency resorting to DNUs that are only now being reviewed by Congress. Former exception institutes such as the state of siege and federal intervention have contributed to rights violation and the concentration of power. It is necessary to overcome the “decisionist” discourse with a democratic attitude, considering the pandemic as a general problem and not an opportunity for Caesarism. This work aims to demonstrate the efficiency of the separation of powers and the search for consensus in efficient decisions, while respecting the leadership of the President and advocating for a space for greater consultation with all sectors. Likewise, the emergency institutes incorporated by the 1994 reform must comply with the constitutional procedures.

Keywords: Rule of Law, Separation of Powers, Emergencies, States of Exception, Individual Rights.

I.

La apelación a la emergencia ha sido tan frecuente entre nosotros que supimos conocer prórrogas de contratos de alquileres, emergencias hipotecarias, sanitarias, congelamientos de depósitos bancarios, planes de reestructuración, blanqueos, moratorias de toda clase, delegaciones legislativas y de facultades, innumerables decretos de necesidad y urgencia sin justificación real y tantos etcéteras que llegamos al punto de no saber muy bien hasta dónde llegaba la normalidad o la anormalidad constitucional.

Esta vez la emergencia es en serio, tan en serio que nadie puede saber con certeza cuánto va a durar ni cuáles son las medidas sanitarias que deben adoptarse con precisión. Estamos luchando contra un enemigo desconocido, al que no podemos ver y pone en evidencia todas nuestras falencias y debilidades existenciales como raza humana: un pequeño virus puede matarnos impiadosamente como ya está ocurriendo en Milán, en Madrid y en Nueva York.

Las emergencias reconocen causas naturales y económicas. La actual emergencia sanitaria está originada por una “pandemia” declarada tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en razón de la gran expansión del virus Covid-19, es sin duda una emergencia originada en causas “naturales” al tratarse de un hecho propio de la naturaleza, más allá de las investigaciones y denuncias que varios países están realizando en contra de China, al ser el país originario de la epidemia, en cuanto a un supuesto ocultamiento de información. Será en el ámbito del Derecho Internacional en donde tengan cabida tales responsabilidades o no de algún o algunos Estados.

El marco jurídico interno se da a partir de la “Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”, sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de diciembre de 2019, por iniciativa del Poder Ejecutivo durante el período de Sesiones Extraordinarias. En la misma, se declaró la emergencia en las materias económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, otorgándose un amplio margen de “delegación de facultades legislativas” por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, en el marco del artículo 76 de la Constitución Nacional. Es decir que, al momento de sancionarse dicha ley, la emergencia era preponderantemente “económica”, como lo han sido todas las emergencias declaradas en nuestro país en los últimos tiempos.

La emergencia fue declarada por el Congreso hasta el 31 de diciembre de 2020, estableciendo como objetivos: a) la sostenibilidad de la deuda pública; b) la reestructuración tarifaria del sistema energético; c) promover la reactivación productiva; d) crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales; f) el suministro de medicamentos esenciales y g) impulsar la recuperación de los salarios.

Fue el Decreto de Necesidad y Urgencia N°260/2020 el que amplió la emergencia sanitaria establecida en la Ley 25.541, en razón del Covid-19, fundamentándose en lo declarado por la Organización Mundial de la Salud. A partir de entonces se han dictado más de veinte Decretos de Necesidad y Urgencia, vinculados a la pandemia del coronavirus y referidos a diversas cuestiones como la prohibición de ingreso al territorio (DNU 274/2020), aislamiento social preventivo (DNU 297/2020), a los empleadores de la salud (DNU 300/2020), aparatos de oxigenoterapia (DNU 301/2020), régimen de regularización de deudas (DNU 316/2020), hipotecas (DNU 319/2020), prórroga de alquileres (DNU 320/2020), fondo de garantías argentino (DNU 326/2020), autorización

a los ministros a prorrogar designaciones transitorias (DNU 328/2020), prohibición de despidos (DNU 329/2020), diferimiento de la deuda pública (DNU 346/2020), programa de asistencia al trabajo y producción (DNU 347/2020), convocatoria a intendentes (DNU 351/2020), programa de emergencia financiera (DNU/2020), prórroga de plazos administrativos (DNU 372/2020) y un largo etcétera vinculado a esta grave cuestión.

El Congreso ha estado muchos días sin sesionar y se apresta a realizar sesiones virtuales como ocurre en otros países como Alemania, España y Gran Bretaña, incluso en países vecinos como Chile y Brasil. Se ha discutido si es necesario modificar el reglamento de las Cámaras para que ello ocurra, en el marco de los artículos 64 y 66 de la Constitución Nacional. Por nuestra parte, nos hemos expresado en cuanto a que los reglamentos son lo suficientemente amplios como para interpretar que eso es posible, ya que fueron redactados en tiempos en que las sesiones remotas no eran parte de la realidad.

Ya se ha reunido la Comisión Bicameral para analizar los Decretos de Necesidad y Urgencia, haciéndolo de manera presencial, emitiendo dictamen en favor de la aprobación de la gran mayoría de los mismos, con excepción de aquellos que no permiten el ingreso al país de los argentinos que están “varados” fuera del territorio nacional (DNU 313/2020, que prorrogó el DNU 274/2020). También ha merecido serios reparos el DNU 457/2020 de “superpoderes” que permite al Jefe de Gabinete de Ministros reasignar partidas presupuestarias sin el límite del 5% que se había establecido en la Ley de Administración Financiera del Estado Nacional.

Durante las emergencias suele reinar la confusión y no faltan los que reclaman medidas más duras; en nuestros días estamos asistiendo al cierre de fronteras exteriores y también de fronteras de provincias y ciudades, además de restricciones a la libre circulación interior de personas, bienes y mercaderías, viéndose también afectado el derecho de propiedad, el derecho al trabajo, a la educación y a la salud, entre otros. En tal sentido, cabe recordar que nuestra jurisprudencia histórica, abonada con las graves crisis de nuestra historia, enseña que los derechos se pueden restringir temporalmente pero no se pueden vulnerar.

Desde el fallo de la Corte Suprema en el caso “Avico c/ De la Pesa” del año 1932, siguiendo al precedente “Home Building” de la Suprema Corte estadounidense, la emergencia requiere: a) de un marco legal, b) de un límite temporal, c) de razonabilidad entre las medidas tomadas y el fin de la emergencia y d) que la restricción de los derechos en modo alguno pueda

ocasionar la frustración de los mismos. La Corte buscó que la emergencia en lo económico y social se encuadrara en la doctrina del “poder de policía”, aunque es de lamentar que a veces prevaleciera el “estado de necesidad” o la “razón de estado” como ocurriera con el caso “Peralta” de 1990.

Como enseñaba un destacado constitucionalista cordobés, César Enrique Romero: “Los poderes extraordinarios o facultades de excepción que se ejercen en estos períodos, solo pueden perseguir la restauración institucional, la defensa del orden jurídico subvertido o atacado, la vuelta al equilibrio roto por presiones o contrapoderes”. De lo que se trata es de *volver a la normalidad*, tal es el anhelo de la ciudadanía que viene demostrando comportamientos solidarios y responsables, generando nuevos hábitos sociales que van en línea con vivir en democracia y se aleja de los diagnósticos que pretenden caracterizarnos como una sociedad anómica.

No obstante, las grandes crisis han sido el fermento para el fortalecimiento de las tiranías, desde la propia Roma, en donde la figura del Diktator y de los Triunviros marcó el fin de la República y el nacimiento del Imperio. Hay que tener memoria. El mayor teórico de la emergencia se llamó Carl Schmitt, asesor de Hitler bajo la República de Weimar, para quien el poder constituyente era “la facultad de legislar sobre lo excepcional” y ya sabemos lo que pasó con Hitler, con Mussolini y con todos los dictadores que pretendieron erigirse sobre las leyes. El Estado de necesidad no es un “estado de derecho”, sino un espacio sin derecho.

Schmitt distinguió entre el “estado administrativo”, que responde a mandatos concretos, de ahí su frase: lo mejor en el mundo es una orden; del “estado parlamentario” que a su juicio es demasiado complejo a la hora de tomar decisiones eficientes y del “estado jurisdiccional” sobre el que mantuvo una fuerte polémica con Kelsen. Por ese camino de priorizar la inmediatez llega otra vez la crítica de Agamben en cuanto a que la democracia parlamentaria se transforma en gubernativa o de prerrogativa.

Y si ese es el escenario europeo, mucho más compleja aún es la situación de América Latina, en donde suelen observarse muchos regímenes políticos desbalanceados en favor del liderazgo de los poderes ejecutivos, dando lugar tanto a la “democracia plebiscitaria”, la “democracia delegativa” tan estudiada entre nosotros por Guillermo O’Donnell o la “democracia en clave populista”, alentada en lo teórico por Ernesto Laclau y llevada a la práctica en el llamado eje “bolivariano”.

El dilema entonces se presenta muchas veces en cuanto a si la emergencia está “dentro” de la Constitución o “fuera” de la Constitución. El

problema esencial reside en que la emergencia tiene una lógica inversamente proporcional al Estado de Derecho. Mientras el Estado Constitucional de Derecho se basa en el principio de limitación del poder para preservar las libertades individuales, la emergencia es finalista, colocando los fines y objetivos por encima de los medios para lograrlo. Para Kant cada hombre es un fin en sí mismo; para Maquiavelo el fin justifica los medios.

Los institutos de emergencia previstos en la constitución histórica fueron el *estado de sitio* (art. 23 CN) y la *intervención federal* (art. 7 CN), que paradójicamente son los dos institutos que más contribuyeron en el pasado a la violación de derechos fundamentales, ya que respondieron en la práctica a una concepción *decisionista*. Para Carl Schmitt la emergencia se definía como “el poder de legislar sobre lo excepcional”; de ese modo el “tercer legislador”, que de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar era el Canciller del Reich, ejercía “el poder normativo de lo fáctico, de modo que el *Führer* desplazaría al *Reichstag*. De manera que, mientras para algunos como Schmitt y Mortati, la emergencia “crea” Derecho, para otros como Agamben y Carré de Malberg, la emergencia es un hecho externo, un vacío no previsto en la legislación.

Celebramos que reinara la prudencia en momentos en que muchos pedían a viva voz que se decretara el estado de sitio, previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional para casos de conmoción interior o de ataque exterior. No solamente es innecesario sino que se trata de un instituto con muy mala prensa en nuestro pasado no muy lejano. Fue bajo estado de sitio que muchas personas fueron puestas “a disposición del PEN” sin que volviéramos a saber más de ellas, excepto por la lucha de muchos y por algunos fallos judiciales ejemplares como “Timerman”, “Zamorano” y “Pérez de Smith”, entre otros.

La Constitución de 1949 traía la figura del *estado de prevención y alarma*, que tenía una duración de treinta (30) días y se podía establecer por decreto. La misma figura fue propuesta en los “dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia, con la idea de contar con un instrumento más flexible y menos grave que el estado de sitio. Los abusos de los estados de excepción en varios países de la región llevaron a que el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos previera que los derechos fundamentales no se pueden restringir y que deben mantenerse vigentes las acciones de amparo y de hábeas corpus.

Otras constituciones también gradúan la intensidad de la intervención del Estado sobre los derechos individuales en diferentes grados, como es el caso de España, en el que la Constitución de 1978 distingue, conforme su gra-

vedad decreciente, entre estado de sitio, estado de excepción y estado de alarma, siendo que la actual crisis del coronavirus mereció la última calificación.

La sana doctrina clásica de nuestra Corte Suprema tiene la sana pretensión de ubicar la emergencia “dentro” de la Constitución, porque como ha dicho en uno de sus fallos “fuera del amparo de la Constitución solo caben la anarquía o la tiranía”. Con ello se busca preservar, fundamentalmente: a) la seguridad jurídica, tema sobre el que tenemos un marcado déficit, pero necesitamos “previsibilidad” en las reglas de juego; b) mantener el sistema de frenos y contrapesos porque en la emergencia es necesario –aún más– controlar a quienes gobiernan y c) preservar los derechos individuales, porque en ningún caso el fin justifica los medios. Como dijera Carl Friedrich: “Las dificultades de la división de poderes son grandes, pero los resultados de su concentración son desastrosos”.

La emergencia dentro de la Constitución abarca el adecuado funcionamiento de los dos nuevos institutos de emergencia incorporados por la reforma de 1994 y que son los *Reglamentos de Necesidad y Urgencia* (art. 99 inc. 3° CN) y la *Delegación Legislativa* (art. 76 C.N.) que, de acuerdo con la ley fundamental, son insanablemente nulos, excepto que haya hechos de tal gravedad que impidan seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes. No hay dudas de que tal excepcionalidad se verifica en estos momentos pero es cierto también que debe cumplirse con el trámite que la propia Constitución exige para ambos institutos de emergencia, que son muchos los ya dictados pero que deben pasar por el filtro del Congreso y eventualmente ser revisados por los jueces ante los casos concretos. Afortunadamente, la utilización de la tecnología y de los medios remotos permite la paulatina normalización del funcionamiento tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial, que no están suspendidos.

Las crisis necesitan buenos guías, porque nos comprenden a todos como pueblo y somos todos quienes sufriremos las consecuencias de decisiones que deben contar con el mayor consenso posible, no porque las mayorías tengan la razón sino porque es probable que se tomen mejores decisiones si se hacen con mayor consenso. Enfrentado a Schmitt, el italiano Giorgio Agamben desde una perspectiva muy diferente reivindica la cultura democrática frente a las crisis.

En nuestra opinión esto no significa que haya que titubear ante decisiones difíciles, dramáticas, y que hay que tomar en un contexto de urgencia, sino todo lo contrario pero creemos que, sin desconocer el liderazgo que le cabe al Presidente como “jefe supremo de la nación” (artículo 99 inc. 1° Constitución Nacio-

nal) en un momento de tanta gravedad institucional, sería razonable dotarlo de la posibilidad de consultar, no solamente a los integrantes de su gabinete y equipo de gobierno, sino también de una capacidad consultiva de mayor amplitud, no para detener la acción de gobierno ni para llevarla a trámites deliberativos que pueden ser insustanciales ante la emergencia sino –insistimos– para ofrecerle el ámbito de prudencia que toda decisión importante requiere.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema*. Allende y Brea, Buenos Aires, 1982.
- Bianchi, Alberto, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, en *La Ley* T. 1991-C, pp. 141-171.
- Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1994.
- Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de la Política*, Siglo XXI, México, 1997.
- Colautti, Carlos, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, en *La Ley*, T. 1991-E. Sección Doctrina.
- Friedrich, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, FCE, México, 1946.
- Kelsen, Hans, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Laclau, Ernesto, *La Razón Populista*, FCE, México, 2013.
- Romero, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Zavalía, Buenos Aires, 1976.
- Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional y Derecho de Necesidad”, en *La Ley*, T. 1990-D Sección Doctrina, pp. 1036-1058.
- Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Struhart, Buenos Aires, 1994.
- *Teología Política*, Struhart, Buenos Aires, 1985.
- Serrafero, Mario, *Exceptocracia. ¿Confín de la Democracia? Intervención Federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Lumière, Buenos Aires, 1995.
- “Constitución, Democracia y Crisis”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, *Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, Buenos Aires, 2003.