

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

DESEQUILIBRIO DE PODERES DURANTE LA EMERGENCIA¹ -CUANDO EL CENTRO ESTÁ AFUERA DE LA FIGURA-

PABLO RIBERI^{2*}

*“I do but dream on sovereignty
Like one that stands upon a promontory
And spies a far-off shore where he would tread,
Wis Qhing his foot were equal with his eye,
And chides the sea that sunders him from thence,
Saying he’ll lade it dry to have his way”*

William Shakespeare, -Henry VI, Part 3, Act 3, Scene 2-

Sumario: I. Ideas preliminares: I.1. Objetivo del texto; I.2. Enunciados básicos; II. Los confines de la normalidad; II.1. Facticidad y Validez; II.2. Derecho Constitucional Comparado; II.2.1. Modelos regulados de emergencia; II.2.2. Modelos no-regulados de emergencia; II.2.2.1 ‘Departamentalismo’: notas relevantes en los Estados Unidos; III. La regulación de las emergencias en el orden constitucional argentino; III.1. Las normas de emergencias y el COVID-19 en Argentina; IV. ¿Quién debe defender la Constitución durante las emergencias?; IV.1. ¿Cómo volver a poner el

¹ *No hago otra cosa que soñar con la soberanía/ como aquel que parándose sobre un promontorio/ espía una costa lejana donde pisaría,/ deseando que su pie fuera igual a su ojo,/ Y reprende el mar que de allí lo separa,/diciendo que lo dejará seco para salirse con la suya”.*

² Pablo Riberi es Licenciado en Filosofía, Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias sociales –UNC-; Especialista en Derecho Constitucional –Centro de Estudios Constitucionales de Madrid- y Máster in Law –Temple University, Filadelfia-. Es Profesor Titular de Teoría Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas y RRH –UCC- y Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho –UNC-. Actualmente es integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional IACL-AIDC.

centro dentro de la figura?; V. Reflexión final: “¡en caso de emergencia rompa el vidrio!”

I. Ideas preliminares^{3***}

No hay ningún sistema de normas capaz de controlar la conducta humana tan eficaz como el Derecho. Vivimos en sociedades saturadas de derecho.⁴ La omnipresencia de la ley, en este contexto, se ha transformado en un producto necesario y sensato para la vida civilizada. Este es un tiempo y estamos habitando espacios donde el derecho define el significado de todas las relaciones civiles. El derecho invade todos los rincones del mundo conocido al tiempo que, un/os Estado/s vigilante/s se muestran procelosos y dispuestos a regular todos los intersticios de la vida humana.

A contramano de ello, mi intuición es que existen ámbitos o dimensiones que debieran ser incólumes al derecho o que, al menos, no debieran estar subordinadas al entendimiento erudito de algunos jueces y funcionarios. Los romanos solían decir *ultra posse nemo obligatur* -no podemos obligarnos más allá de lo posible-. Simple: la ley no debe ordenar lo que pertenece a la dimensión de lo imposible, irrealizable o impensable. Es más, desde mi punto de vista, aun en áreas del mundo de la vida que pudieran ser relevantes para el derecho, resulta de todos modos sensato que, en algunas circunstancias, el derecho retire conscientemente sus mandatos.⁵

³ Este trabajo reconoce como antecedentes otros textos ya publicados en materia de emergencia. Vgr.: RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009. Asimismo, RIBERI, Pablo, *La Emergencia como Remedio Constitucional, ¿o Viceversa?*, EL DERECHO, Año XLIII, Nro. 11349, Buenos Aires, 3 de septiembre de 2005. En particular, su contenido, resulta similar a otro ensayo cuya publicación estará acompañará una obra colectiva editada por la Facultad de Derecho de la UNC. Agradezco los comentarios y observaciones recibidos por algunos colegas. Algunos en diálogos privados, otros en varias intervenciones donde me tocó debatir acerca de la actual pandemia. En particular, agradezco a Antonio M. Hernández, Jorge Barbará, Ricardo Ramírez Calvo, Maximiliano Calderón, Guillermo Barrera Buteler e Ignacio Colombo Murúa. Asimismo, destaco los aportes y reflexiones compartidas por los integrantes del Seminario de Teoría Política y Derecho Constitucional Anachársis Cloots.

⁴ Ver RODOTÀ, Stefano, *La Vida y las Reglas*, p.25, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

⁵ Esto es lo que Karl Engisch llama “*Die Rechtsfreie Raum*” Ver, ENGLISH, Karl, *El Ámbito de lo No Jurídico*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960

Es lógico, prudente y justo que, ante la representación de algunos hechos, el legislador y/o el intérprete decidan soslayar una previsión o procuren evitar la adjudicación de alguna regla de derecho en la solución algunos conflictos.

Desde un punto de vista teórico, defiende también la autonomía de la ‘Política’.⁶ Dado que la observación está cargada de teoría –siempre lo repito-, advierto que este análisis se desarrolla desde la perspectiva del constitucionalismo político y que el mismo está macerado en los postulados normativos que distinguen al republicanismo democrático.⁷ Naturalmente, mi intuición es entonces que existe un dominio participativo y deliberativo para la acción colectiva cuya dinámica no está gobernada ni por la moral ni por el derecho.⁸ Un espacio donde, muy particularmente, el derecho no debe imponer sus imperiales designios.

Más allá de ello, la verdad es que la omnipresencia de la ley, se ha ido auto-postulando como un producto inevitable dentro de lo que reconocemos como vida civilizada. Y aquí, ciertamente, cabe una cita a Von Ihering quien sostenía al respecto: ... *la ley se puede definir como la reunión de los inteligentes y previsores contra los miopes. Los primeros tienen que obligar a los últimos a lo que corresponde por su propio interés. No por ellos mismos, para hacerlos felices contra su voluntad, sino en interés de la colectividad. La ley es el arma indispensable de la inteligencia contra la estupidez humana*”.⁹ Sin duda, por cierto, que esta provocativa observación no debe hacernos perder de vista algo importante. Esto es, que la imbecilidad es una nota común no solo dentro de la sociedad civil, sino también al interior del Estado.

La pregunta elemental dentro de la teoría constitucional y la filosofía política, entonces, sería sobre si realmente existen –si deben existir también- límites normativos a los poderes durante una emergencia. Pero para ingresar en la complejidad de este interrogante, es evidente, resulta necesari-

⁶ Para mayor precisión, ver RIBERI, Pablo, *Teoría de la Representación Política*, Rubinzal Culzoni, 2014.

⁷ Tal como advierte correctamente Hanson: “*la observación está cargada de teoría*”. HANSON, H.R., *Observation, Discovery and Scientific Change*, Humanity Books, 2010

⁸ Cfr. RIBERI, Pablo, *Prolépsis y experiencia de la multitud como vigas maestras de la Constitución*”, en AAVV, -editado por NUÑEZ LEIVA, J.I., *Teoría Constitucional –ensayos escogidos-*, pp. 85 y ss, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, 2014.

⁹ Von Ihering advertía que nada “*nada humano es extraño al derecho*”. VON IHERING, Rudolph, *el fin en el Derecho*, p.256, Alex Editores, 2006.

rio vérselas con otra pregunta concomitante o quizás precedente. Y esta es, ¿cómo se vinculan efectivamente el Poder Político y el Derecho? Porque adviértase, tal como remarca Martin Loughlin, la naturaleza y el modo de relacionarse de ambos elementos dependen inexorablemente de cómo hemos concebido previamente a ambos conceptos.¹⁰ La distancia del constitucionalismo político por oposición al constitucionalismo legal o filosófico aquí salta a la vista. Luego, enterados de ello, las siguientes preguntas resultan inevitables para cualquier esfuerzo teórico complementario.¹¹ En concreto, el derecho, ¿todo lo abarca? Y muy concretamente, ¿pueden las reglas de derecho regular exhaustivamente las situaciones extraordinarias de emergencia? Y si hubiere límites, ¿quiénes tienen autoridad para discernirlos, antes, durante o después de una emergencia?

1.1. *Objetivo del texto*

Estas reflexiones, desde la perspectiva de la teoría constitucional y el derecho constitucional comparado, intentan explorar cuáles son las claves republicanas que ayudan a mejor preservar un orden constitucional legítimo durante una emergencia. Mi intuición básica es que el Congreso debe cumplir un papel central en este desafío. Como se intentará mostrar, luego, desbordando el debate teórico que hace casi un siglo atrás entablaron Schmitt y Kelsen, es necesario proponer una mirada alternativa que permita superar la divisoria de aguas que confronta la opción tutelar jurisdiccional versus la opción del presidente plenipotenciario como los defensores excluyentes de la Constitución.

Analizar esta disyuntiva teórica, de algún modo, es una tarea que excede los objetivos diseñados para este texto. Más allá de ello, no puedo dejar de aludir este debate porque el mismo sigue precipitando ciertos compromisos ideológicos y teóricos en la materia.¹² Porque claro, una mi-

¹⁰ Ver LOUGHLIN, Martin, *Sword & Scales –An examination of the relationship between Law & Politics-*, p.12, Hart Publishing, 2000.

¹¹ Ver RIBERI, Pablo, “*Los Fundamentos de la Constitución y un Dilema Incierto*”, pp.21-73, en AAVV -RIBERI, Pablo coordinador-, *Fundamentos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, Rubinzal Culzoni, 2019

¹² Günter Frankenberg observa que, en aras de sus objetivos, la preservación del orden requiere a menudo argumentos pseudo-jurídicos y/o pseudo-democráticos. FRANKENBERG, G., *Comparative Constitutional Studies –Between Magic and Deceit-*, pp.261-ss, Edward Elgar Publishing, 2018.

rada republicana, democrática, impone también comprometerse con cierta ambición teórico-valorativa. La dicotomía analítica que retrata unilaterales demandas desde un plano normativo ideal o desde la crudeza de los hechos, a todas luces -para un punto de vista republicano-, parece mezquina. Como puede apreciarse, por otro lado, la compleja experiencia de la Argentina, en rigor de verdad, retrata bajo cualquiera de ambas alternativas, una larga crónica de desventuras emergenciales a lo largo de su historia.

Para lidiar con los desafíos corrientes que el COVID 19 ha instalado en la agenda pública, entonces, es necesario comprender que la defensa de la Constitución no es una tarea definida – o que se encuentra estrictamente pautada- para un grupo de funcionarios o autoridad en solitario. Aun siendo importante, la defensa de la Constitución, la misma no puede quedar subordinada a la contingente aptitud interpretativa o hermenéutica que pudiera distinguir a algunos buenos jueces. Tampoco puede ésta reducirse a la retórica existencial que siempre demanda mayor concentración del Poder en el presidente en razón de la emergencia. Esta actitud es errónea y también peligrosa. Porque claro, la defensa de la Constitución es la primera obligación que tienen todos los poderes superiores del Estado. Naturalmente también, al menos desde el punto de vista republicano, el respeto y valoración de su contenido, debe ser una responsabilidad esencial para todos los individuos.

En definitiva, es importante que las autoridades junto a la ciudadanía en general, asuman o adhieran a una adecuada teoría de la emergencia, sin la cual, sus decisiones individuales y comportamientos colectivos pueden terminar menoscabando aún más, precisamente, aquello que dicen estar defendiendo: el imperio de la Constitución.

Paso seguidamente a presentar una breve hoja de ruta del presente texto. Primeramente, daré precisiones sobre el objetivo de este ensayo; sus ideas y compromisos teóricos básicos. En segundo lugar, exploraré lo que he denominado ‘confines de la normalidad’ y lo que sería la frontera que separa el ámbito de lo jurídico con la dimensión de los nudos acontecimientos. En particular, desde el punto de vista del Derecho Constitucional Comparado, prestando atención a los aportes del llamado ‘departamentalismo’ –y denunciando las rémoras del hiper-presidencialismo-, aquí analizaré los modelos regulados y no-regulados de emergencia. En tercer término, se analizarán las emergencias en Argentina y, en especial, se repasará las principales regulaciones ensayadas a propósito del COVID-19. En cuarto lugar, revisitaré el dilema teórico-práctico sobre quién debiera ser el defensor de la Constitución. Finalmente, tras reflexionar cuál es el

modo adecuado para restituir el centro al interior de la figura, compartiré un epílogo o reflexión final.

1.2. Enunciados básicos

1. Primer Enunciado: Mi primera intuición afirma que el concepto de “emergencia” y todos los institutos, procedimientos y reglas implicados –estén o no estén regulados en la Constitución-, tienen carácter normativo. Esto quiere decir que, aun aludiendo a un evento extraordinario y global –como la pandemia del COVID-19-, la emergencia, no se reporta como una categoría factual. La misma debe ser concebida en específicas claves normativas. En otras palabras, según el caso, las emergencias han sido pensadas por el legislador constitucional –y deben en consecuencia ser interpretadas-, como un remedio esencial para restituir la normalidad política, económica, social, ambiental, etc.

De tal suerte, es esencial distinguir analíticamente qué es ‘emergencia’ y qué es ‘excepción’.¹³ La naturaleza de las normas de emergencia, es pleno, tienen un objetivo conservador, mientras que la dinámica de la excepción se manifiesta en un horizonte de cambio. Más allá de los usos lingüísticos, dada la historia conceptual del término, mientras la primera solo puede ser comprendida e interpretada en claves constitucionales. La segunda, en cambio, denota la irrupción de circunstancias ‘extra-constitucionales’ donde la única certeza es la ausencia de una autoridad o una norma legítima que pueda resolver una situación de conflicto terminal. En este sentido, la ‘excepción’, según Schmitt, puede revelarse en dos formas. O bien bajo el mando de un ‘dictador-comisariado’, o bien bajo como un ‘dictador-soberano’. Mientras el primero tiene sus competencias por delegación de los poderes constituidos -conforme la Constitución-, el segundo, por el contrario, se legitima en un ejercicio amorfo de un poder constituyente que es ejercido de hecho por encima del orden constitucional otrora establecido.¹⁴ Mientras esta segunda variante retrata propiamente a

¹³ A propósito ver RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009. Asimismo, a propósito de cierta indeterminación el lenguaje técnico, ver: FUSCO, Gian Giacomo, ‘*Exception, fiction, performativity*’, p.24 y ss., en AAVV –edited by CERCEL, C., FUSCO, G.G & LAVIS, S, *States of Exceptions*, Routledge, 2020.

¹⁴ Ver SCHMITT, Carl, *Dictatorship*, p.127, Polity Press, 2014.

la excepción, la primera variante, contrariamente, refiere más bien al dominio constitucional de la emergencia.

El rango semántico del concepto de ‘excepción’, de tal manera, apunta a otra dimensión de posibilidades. “*Soberano es aquel que decide en la excepción*” decía Schmitt.¹⁵ Este enunciado, luego, nos revela acertadamente que solo en situaciones de conflicto civil extremo es posible cuestionar, convalidar o reconocer la legitimidad y la autoridad de los pugnantés por el poder en disputa. Es aquí donde puede irrumpir un ‘dictador-soberano’ que termina con la incertidumbre. Por otra parte, aunque las emergencias refieren a situaciones extraordinarias, de ello, sin embargo, no puede inferirse que su irrupción deba siempre encontrarse desconectada del orden constitucional establecido.¹⁶ Cuando una emergencia ha sido declarada, la existencia de eventos o situaciones fuera de lo común, ciertamente, admite variables grados de severidad donde muy rara vez la misma se resuelve en un único ‘conflicto terminal’.

2. Segundo Enunciado: En términos democrático-republicanos –particularmente en países como la Argentina–, mi segunda intuición indica que el análisis de situaciones de emergencia –como la actual pandemia–, impone centrar el foco de análisis sobre aspectos institucionales relativos al comportamiento de los poderes fundamentales del Estado.

Vale decir, sea analizando los institutos, los procedimientos y/o las reglas previstas en términos de diseño constitucional; sea explorando el comportamiento real de los órganos creados en la parte orgánica de la

¹⁵ Ver SCHMITT, Carl, *Political Theology*, p.5. M.I.T. Press, 1986. Por otro lado, huelga notar, como señala Schmitt –en la ‘Dictadura’–, la introducción legal de la institución del ‘état de siège fictif’ en Francia, no fue otra cosa que el último paso evolutivo de la vieja figura del dictador en la república romana. Para este autor, como lo marca la cita, esta solución es ‘ficticia’. Sea como fuere, el salto cualitativo en el desarrollo constitucional del instituto, empero, se dio a partir del requisito de una ‘declaración formal del estado de sitio’ con la limitación consiguiente del margen de actuación en esas circunstancias. Ver, FUSCO, Gian Giacomo, ‘*Exception, fiction, performativity*’, p.19 y ss., en AAVV –edited by CERCEL, C., FUSCO, G.G & LAVIS, S, *States of Exceptions*, Routledge, 2020.

¹⁶ En este punto cabe citar a Otto Pfersmann cuando hace notar (que) “[*el derecho es un conjunto organizado de normas que poseen ciertas propiedades específicas. Una norma legal “existe” en la medida en que es un elemento de dicho sistema; y “ser un elemento de dicho sistema” supone tener “validez”*]. Cfr. PFERSMANN, Otto, «*Pour une typologie modale de classes de validité normative*» en PETIT, Jean-Luc, ed, *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l’Université de Caen, p. 69-113, n° 27, 1995.

Constitución, la justicia y eficacia de tales previsiones, en rigor de verdad, no dependen tanto de la cultura cívica, la buena voluntad del Poder Ejecutivo, la valentía de los jueces ni mucho menos de la sofisticada retórica de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución. En línea con Gargarella, me parece, es necesario descender al sótano oscuro donde funciona ‘la sala de máquinas’. Hay que concentrarse en el buen funcionamiento de los motores del Poder. Desde un punto de vista republicano, sin duda, este esfuerzo es más fructífero que quedarse indolente –asoleándose uno–, en la cubierta superior donde brilla el engeguedor discurso de los derechos.¹⁷

II. Los confines de la normalidad

Toda Constitución supone una disposición, un orden, una organización institucional. Como decían los griegos, una Constitución supone entonces una *katabolh*: acción de echar los cimientos.¹⁸ Fiel al legado de la ‘Ilustración’, una Constitución legítima, además, debe promover la protección de derechos humanos. En este contexto, entonces, ratifico, que la “emergencia” no puede sino ser un concepto nomativizado.¹⁹

Las reglas constitucionales que regulan capacidades extraordinarias durante una emergencia, en consecuencia, deben encontrarse limitadas por específicas condiciones atributivas de habilitación, ejercicio y control. Naturalmente, solo un orden constitucional estable está en condiciones de prever situaciones de esta índole. La emergencia, es lógico entenderlo, nunca puede ser una aduana que permita introducir abiertas violaciones a

¹⁷ Ver GARGARELLA, Roberto, “El Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas”, en RIBERI, Pablo –Coordinador–, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, pp. 95-121, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, GARGARELLA, Roberto, “Latin American Constitutionalism and the Engine Room of the Constitution”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp -97-115, Nomos-Facultas, 2014.

¹⁸ Las previsiones constitucionales a través de los institutos de “emergencia” como el Estado Sitio, son incorporadas al orden constitucional, precisamente, para evitar eso que los griegos llamaban “*Stasis*”. Schmitt, en particular entiende que el Estado pre-existe al orden legal. Por eso, “*el concepto de Estado supone aquel de lo político*”. SCHMITT, Carl, *El Concepto de lo Político*, p.49, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

¹⁹ Hobbes afirmaba: “(...)Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia.(...). Ver, HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Volumen I, Capítulo XIII, p.138, Madrid, 1984.

los derechos constitucionales. Con relación a las situaciones de emergencia, entonces, las históricas demandas sobre el autogobierno –mientras opere el trípede basilar de principios republicanos–, hacen que las constituciones democráticas y republicanas sean proclives a establecer previsores mecanismos institucionales de sobrevida constitucional. Es lógico que lo hagan en pos de ciertos objetivos. Por caso, para evitar la ‘tiranofobia’; para impedir la impunidad; para escaparle a normas discrecionales que, a caballo de la emergencia, pudieran terminar derrumbando la vigencia de la Constitución y las leyes.²⁰

En este tiempo de grandes desafíos globales; en esta época de grandes desarrollos tecnológicos combinados con gran desigualdad y vulnerabilidad de colectivos de sujetos, no son pocas las voces que nos ponen en alerta frente a capilares y sutiles dispositivos de *bio-política* que se empeñan en conocer, monitorear y controlar las condiciones de vida de las personas. Aun en emergencia, desde el punto de vista republicano y desde la mirada del constitucionalismo político, que quede claro, el diseño constitucional debe saber ordenar los incentivos y mecanismos institucionales que permitan evitar se normalicen las situaciones extraordinarias que han alterado la ecuación constitucional entre Poder y Libertad.

En este sentido, debe llamar también nuestra atención la advertencia de Posner en cuanto que “*las constituciones no son un pacto suicida*”.²¹ Esto es así. Más allá de ello, es pleno también que, según cambian las sociedades, los modos políticos, sociales, económicos, tecnológicos de relacionarse, no siempre suelen encontrarse en la misma sintonía que las normas que, desde tiempos pretéritos, vienen regulando tales vínculos. De todos modos, puede aquí notarse otro lugar común que es necesario poner también bajo cuestionamiento. Es importante remarcar que las constituciones tampoco son un artículo suntuario. Las mismas no puede ser vistas como un elemento retórico que suele decorar la vida civilizada de algunas pocas sociedades desarrolladas. Hay que desterrar esa idea de que la obediencia a la ley y el respeto al estado de derecho es un fenómeno

²⁰ Aun en tiempos de pandemia, una constitución republicana no puede aceptar la legitimación de una suerte de “epistocracia” que, en nombre de la ciencia, pretenda subordinar la participación y deliberación igualitaria a cánones de eficiencia, eficacia; o ajustarlos a fines exclusivamente sanitarios postulados desde la ciencia médica o desde cualquier otra disciplina.

²¹ POSNER, Robert, *Not a Suicide Pact –The Constitution in a Time of National Emergency-*, Oxford University Press, 2006.

solo reservado para algunas pocas sociedades que han logrado desarrollo económico y niveles de educación compatibles con los complejos fines de una sociedad plural dentro de una democracia constitucional.

Dada la sofisticación del lenguaje jurídico, si esto fuera correcto, el reconocimiento del carácter normativo del concepto de emergencia, jamás debiera revelarse como una opción esquivada que solo algunas pocas personas calificadas pueden comprender. Esto es central. Lo es, entre otras razones, porque permite desacreditar aquellos discursos que insinúan o directamente plantean la *'superfluidad de la Constitución'* en los momentos difíciles de una emergencia. El reconocimiento de la relevancia normativa de 'todas' las previsiones de una Constitución, en todos los tiempos, es un elemento práctico esencial que, como bien lo describía Carlos Nino, permite superar la falaz paradoja de la irrelevancia de la Constitución.²²

II.1. Facticidad y Validez

El análisis de la emergencia desde la teoría constitucional, en mi opinión, debe ilustrarnos sobre cómo es imposible derivar relaciones lógicas de 'implicación causal' a partir de la verificación de un hecho de emergencia con la paralela ampliación de facultades extraordinarias. El derecho constitucional comparado revela que prevista de antemano para un tiempo incierto, esta relación hipotética siempre se encuentra latente en el dominio normativo ('DN') de referencia. Esto quiere decir que el conocimiento de la hipótesis normativa ('HL') en el dominio 'DN' para un tiempo incierto ('Tx'), necesariamente, jamás permite a ciencia cierta saber de antemano cuáles han de ser todas las repuestas legales de 'DN' frente a los desafíos de un incontrolable mundo de la vida ('MV'). Y ello es así, porque es lógicamente imposible someter el funcionamiento del dominio extra-normativo abierto 'MV' a la combinación de posibilidades previstas por la regla constitucional de emergencia 'HL' –dentro de 'DN'-. Téngase presente que la misma fue oportunamente elaborada para ser aplicada en un tiempo obviamente incierto 'Tx'. O viceversa: es improbable que los predicados de la hipótesis normativa 'HL' del dominio normativo 'DN' –previstos en tiempo pretérito 'Tp'- puedan expandirse o ser idóneos para resolver todas

²² NINO, Carlos S, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 17-33, Astrea, Buenos Aires, 1992.

las alternativas contingentes de hechos extra-normativos que pudieran suscitarse en ‘MV’ durante Tn.

Para poder resolver esta encrucijada, entonces, es necesario evitar posturas extremas. Mi intuición, en este sentido, es que hay que desconfiar tanto de las visiones ‘hiper-factualistas’ como de las visiones ‘ultra-juridificantes’. Los primeros se sirven de promesas de la normalidad por medio de medios para-normativos. Los segundos, reducen vanamente la realidad —el mundo de la vida ‘MV’— a unos límites imaginarios que, un legislador en un estado ‘no ideal’, jamás podrá descifrar. En consecuencia, no es conveniente restringir la solución de la defensa constitucional durante las emergencias a cualquiera de ambos extremos. A menudo, ambos discursos suelen asumir sus previsiones y promesas bajo la lógica esquivada del *Gattopardo*.²³ Estoy aludiendo a la obra de Lampedusa, la cual admite un doble estándar de verdad o corrección discursiva. Uno claramente objetivo. Otro adaptable según acomode mejor a las preferencias del Poder y/o a las veleidades de la gente.

Es que, si desde una mirada politológica o sociológica solo califican las condiciones fácticas que definen la emergencia, desde la pura teoría del derecho, pareciere, las conclusiones normativas no necesitan registrar contacto alguno con el mundo de los hechos. Y esto, reitero, resulta problemático para la razón práctica cuando, precisamente, son normas constitucionales de emergencias las que están en juego. La oposición entre “*Geltung*” y “*Faktizität*”, como hace notar Habermas, se nos revela aquí plausible dentro de una amalgama de argumentos y observaciones en tensión inevitable.²⁴ Mi intuición, por el contrario, es que la posibilidad del reconocimiento, extensión e impugnación de todo instituto de emergencia, bien puede estar ordenadas dentro de un esquema de reglas y procedimientos algo más maleables y participativos. Un modelo de prácticas y procedimientos confiables que, básicamente, nos indiquen qué, quién, cuándo y cómo habrá de ver ampliadas autoridad y competencias extraordinarias. Y que especifique también qué, quién, cuándo y cómo ha de ejercer el control complementario de esas facultades excepcionales antes mencionadas.

El orden constitucional nunca debe desperdiciar razones que ayuden a robustecer la legitimidad de la obligación política de acatar la Ley. Toda ‘razón’ no examinada, es pleno, además, no es auténticamente una ‘ra-

²³ DI LAMPEDUSA, Giuseppe, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1974.

²⁴ Es muy interesante *la reconstrucción interna del Derecho* que hace Habermas. Ver, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 147-197, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

zón'. Tal como nos lo advierte Raz, además, vale la pena tener presente la existencia de niveles de razones en competencia.²⁵ Muy elementalmente la emergencia nunca puede operar como una 'razón excluyente' que mágicamente doblegue toda otra razón normativa que cuestione decisiones arbitrarias bajo análisis. En este flujo, dicho sea de paso, está claro, que las 'razones explicativas' nunca deberían ser interpretadas de manera pragmática como si fueran 'razones justificatorias'.²⁶

Los enunciados que describen los hechos o circunstancias que motivan la declaración de una 'emergencia', de tal suerte, deben articularse como representaciones lingüísticas donde unas consecuencias normativas se ven derivadas de otro cuerpo de proposiciones empíricas. Naturalmente, el análisis y la valoración del mérito que define la hipótesis de la emergencia impone la utilización de razones 'justificadorias'. Atento a potenciales debilidades argumentales –por defecto de la llamada '*falacia de Moore*', por ejemplo-, es de todos modos inevitable visitar ambas orillas lógico-semánticas que permiten articular en una sola pieza, ambos grupos de razones.²⁷ Por un lado, al describir los 'vínculos de causalidad', las razones explicativas, en realidad, nos informan de saldos fenoménicos por los cuales, inductivamente, ciertas consecuencias han tenido lugar por defecto de otros sucesos acontecidos primero en el tiempo. Si bien se supone que cualquier observador atento reconoce esas conexiones -ya probadas en la experiencia- como 'causas' y 'consecuencias', de todos modos, se supone que las mismas solo suministran un grado imperfecto de previsibilidad -aunque nunca absoluta certeza-, sobre si la consecuencia prevista, efectivamente, habrá de verse confirmada en el futuro.

En términos constitucionales, en cambio, las 'razones justificatorias', están discursivamente estructuradas sobre la necesaria aceptación de unos resultados normativos deseables. Estos resultados, están causalmente anudados a otras normas y/o eventos previamente considerados por el operador del derecho como detonantes del resultado valioso. Cuando el legislador diseña modos deónticos de habilitación o responsabilidad en términos de atribución, permisión o prohibición, en este plano, es porque el

²⁵ Ver RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, 15-48, Hutchinson of London, 1975.

²⁶ Ver TANESINI, Alessandra, "*The Practices of Justification*" in Edited by Alcott, *Epistemology: The Big Questions*, 152-163, Blackwell Publishers, 1998.

²⁷ Cfr. LEWY, Casimir, "*G.E. Moore On the Naturalistic Fallacy*", pp.400-409, en AAVV –edited by CAHN, S. & HABER, J., *20th Century Ethical Theory*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1995.

mismo está propiciando una relación ‘condicional’ –del tipo $p \rightarrow q$ –; la cual indica que, siempre que haya ‘p’ luego viene ‘q’ o, si tengo ‘q’ es porque antes tuvo que acaecer ‘p’.²⁸

De manera que es plausible que una norma general que retrata una hipótesis habilitante deba ser parte de una plataforma normativa que el razonamiento práctico utiliza para justificar consecuencias de derecho. Vale decir, es posible que la premisa mayor se nos reporte plausiblemente como un enunciado normativo universal que, en tanto tal, domina todo el rango de conclusiones posibles para casos de referencia. Luego, si la premisa menor se encontrase atrapada por la primera, entonces, la lógica deductiva aplicable, con mayor rigurosidad, restringiría las posibilidades a una única conclusión normativa válida. Esto es importante saberlo. Dado que la idea de regla –grupo de reglas y/o principios– encadenados dentro de un sistema de normas están diseñadas para prever ciertos resultados relevantes, lo cierto es que la utilización de enunciados factuales en el argumento, puede ser un mecanismo manipulable para reforzar el equilibrio de poderes en situación de emergencia. La correcta detección de tales elementos o mecanismos de argumentación normativa, por cierto, es tarea de las ‘razones justificatorias’ utilizadas, por ejemplo, para respaldar o desacreditar la correcta –o incorrecta– implementación de medidas de emergencia.

II.2. Derecho Constitucional Comparado

Dado que existen previsiones normativas y prácticas atávicas involucradas en diversos sistemas constitucionales, es esencial distinguir entre “emergencias reguladas” y “emergencias no-reguladas” en el derecho constitucional comparado.²⁹ En unas y otras, con diverso vigor, es posible reconocer algunas ‘causales’ repetidas que precipitan la ampliación de poderes y/o restricción excepcional al goce de los derechos. A título

²⁸ En este punto, téngase presente lo dicho renglones arriba respecto a que la función del ‘bicondicional’ –a diferencia del ‘condicional’–, siempre impide la posibilidad de que pueda darse ‘q’ sin que previamente se haya dado ‘p’. Vale decir, si bien el antecedente precipita el consecuente en ambas funciones lógicas, en este caso, es contingentemente posible que se dé –como verdadero–, la existencia de ‘q’ aun sin que ‘p’ haya tenido lugar. Llevándolo al plano de la realidad, es imaginable que haya ‘superpoderes de emergencia’ aun cuando no se hayan configurado las condiciones de emergencia que legítimamente debieron habilitar ese ensanchamiento de competencias en el Poder Ejecutivo.

²⁹ GROSS, O., “*Constitutions and emergency regimes*”, pp 334-339, -edited by GINSBURG, Tom & DIXON, Rosalind, *Comparative Constitutional law*, Edward Elgar, 2011.

enumerativo se podrían identificar: a. emergencias político-institucionales por conmoción interna y conflictos sociales; b. emergencias económicas; c. emergencias producidas por catástrofes naturales –como podría ser la corriente pandemia-; d. emergencias por revolución o sedición; e. la guerra.

Pero volvamos mejor a la historia constitucional. Desde el punto de vista del ‘diseño constitucional’, entonces, en tiempos de la república romana, se creó el “*senatus consultus ultimus*” y, con ello, la institución excepcional de la ‘dictadura’. Ciertamente, la república desarrolló este instituto dentro de un esquema de ‘incentivos’ procedimentales ajenos a toda limitación sustantiva. El objetivo era sencillo.³⁰ Se trataba de mantener la integridad y la salud pública de la República. Y así, por medio de la unidad de mando -durante un tiempo limitado- se habilitaba al ‘dictador’ para que tomara todas las medidas excepcionales que fueran necesarias a tal fin. Concentrado el Poder; ‘*cerrando el puño*’, tal como lo destacaba el discurso a favor de la dictadura de Donoso Cortés, la idea romana no era otra que evitar el riesgo de un mal mayor, pagando el precio de un mal menor.³¹ Sin que otras magistraturas fenecieran o fueran suspendidas, una vez que el dictador entraba en funciones por un plazo perentorio fatal de 6 meses -o cuando se vencía el mandato de alguno de los cónsules-, su actuación gozaba de total protección mientras durasen sus amplias y discrecionales facultades.

II.2.1. Modelos regulados de emergencia

Un análisis comparado de las constituciones permite notar que existen diversos modos de regular la emergencia. Tal vez, con mayor propiedad, podría advertirse distintos grados de flexibilidad en las normas constitucionales que regulan la emergencia.³² Existen muchos antecedentes desde

³⁰ Ver ROSENKRANTZ, Carlos, “*Emergencias Constitucionales en Argentina: Los Romanos (no los Jueces) tienen la razón*”, en RIBERI, Pablo –Coordinador-, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, 239-279, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, ROSENKRANTZ, Carlos, “*Constitutional Emergencies in Argentina: the romans (not the Judges) have the solution*”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp-97-115, Nomos-Facultas, 2014.

³¹ Ver CORTÉS, Donoso, “*La Dictadura*”, pp. 333-345, en AAVV, *Grandes Discursos*, Clásicos Jackson, T.19, Buenos Aires, 1948.

³² Ver. DELLEDONNE, Giacomo, “*Crisis, Emergencies and Constitutional Change*”, en AAVV –edited by CONTIADES, Xenophon and FOTIADOU, Alkmene, *The Rout-*

tiempos pretéritos. Maquiavelo entendía que el instituto debía estar regulado *ex-ante* tal como sucedía en la república romana.³³ Identificando correctos incentivos, esta idea fue derivando luego en diversas soluciones y respuestas las cuales permitían regular, restringir o al menos prever en el tiempo y en el espacio cuál iba a ser el comportamiento del Estado durante una emergencia. De tal suerte, a título de ejemplo, se puede reconocer dentro del derecho constitucional comparado las siguientes previsiones y tipos de institutos: a. estado de sitio; b. el estado de sitio presidencial; c. el estado de prevención y alarma; d. estado de asamblea; e. estado de guerra interna; f. estado de guerra; g. suspensión del habeas corpus; h. ley marcial; i. facultades extraordinarias; j. Institutos varios de suspensión de garantías; k. Institutos de emergencia económica.³⁴

El instituto más importante de emergencia: ‘el estado de sitio’, fue introducido por la ley del 10 de julio de 1791 en Francia. No huelga notar que antes del segundo imperio, durante la segunda república, el mismo fue intensamente utilizado por Louis-Napoleón Bonaparte. La ley del 9 de agosto de 1849 estableció la implementación del estado de sitio “*en caso de peligro inminente para la seguridad interna o externa del país*”.³⁵

Pero más allá del derecho constitucional comparado es interesante explorar algunos eventos específicos de la historia más o menos reciente. Por ejemplo, no se deben soslayar las penurias que deparó la utilización del célebre art. 48.2 de la Constitución de Weimar. En efecto, esta norma concedía *ad-libitum* el ejercicio de potestades de emergencia al presidente quien tan solo debía informar al Bundestag alemán de su decisión de prevalerse de tales atribuciones. Esta circunstancia lamentable –marcada con la utilización descontrolada del instituto por más de 250 veces-, de algún modo, se distingue como parte de una precuela de hechos turbulentos

ledge Handbook of Comparative Constitutional Change, p.245, Routledge, 2020.

³³ Aludiendo a la unidad de acción, Maquiavelo afirma con sagacidad: “[los ordenamientos habituales de las repúblicas tienen movimientos lentos, ... y, como para ponerse de acuerdo se necesita tiempo, los remedios son peligrosos cuando ellos tienen que resolver algo que no puede esperar. Entonces, las repúblicas deben poseer entre sus ordenamientos un medio semejante”. Ver. MAQUIAVELO, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, p. 138-139, Editorial Lozada, Buenos Aires, 2004.

³⁴ Cfr. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Estado de Sitio*, p.36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987

³⁵ Ver DELLEDONNE, Giacomo, “Crisis, Emergencies and Constitutional Change”, en AAVV –edited by CONTIADES, Xenophon and FOTIADOU, Alkmene, *The Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, p. 249, Routledge, 2020.

que terminaron auspiciando el advenimiento del nacionalsocialismo.³⁶ Y este ha sido además un ejemplo ineludible de legitimación *contra-lege*. Alemania, en ese proceso, dejó de ser una democracia parlamentaria para transformarse en una dictadura presidencial. Como la historia nos enseña, a partir de 1929, la parálisis del *Reichstag* durante la crisis política y económica que embargaba al país, fue la excusa que terminó normalizando la legislación de emergencia decretada por presidente Hindenburg.

Quizás, por estos registros, a contramano, resulta interesante recorrer la doctrina más reciente en materia de emergencia. Me refiero a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán luego de la sanción de la Norma Fundamental de Bonn. Dicha doctrina, coherentemente, ha expresado que las emergencias solo pueden ser declaradas para satisfacer un objetivo inequívoco.³⁷ Y éste no es otro que el de “*mantener o restituir la integridad de la normalidad del orden constitucional*”.³⁸

Pero prestemos atención a otro antecedente interesante. En 1975, frente a una situación política convulsionada, a instancias de la primera ministro Indira Gandhi, el Parlamento de la república incorporó las enmiendas 38 y 39 a la Constitución de la India. En esas circunstancias, por un fallo de la Corte Suprema, la primer ministro se encontraba impedida de presentar su candidatura. No podía buscar su reelección. Sin embargo, habiéndose declarado el ‘estado de emergencia’, la primera de estas dos enmiendas estableció que todas las leyes y decisiones tomadas durante

³⁶ RIBERI, Pablo, “*Jeinseits von Weimar (Más allá de Weimar): El constitucionalismo moderno asediado*”, pp. 158-190, in –edited by SELEME Hugo–, *Instituciones Públicas y Moralidad Política*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 2015.

³⁷ Es muy interesante el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán en materia de emergencia. Por ejemplo, involucrando el art. 13 de la Norma Fundamental, tenemos el “*Traube case*”; un fallo donde estuvo involucrado un reconocido científico nuclear. También merecen atención los casos reconocidos como “*Stuttgart-Stammheim Prison*” o el caso “*Sleyer*” donde individuos acusados de actividades terroristas fueron sometidos a restricciones excepcionales de sus derechos con motivo de la emergencia. Ver BÖCKENFORDE, E. *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp. 110-111, Oxford University Press, 2017

³⁸ Según Böckenforde, las notas básicas de la doctrina judicial indican: a. La emergencia es un mecanismo político-constitucional para mantener o restituir, precisamente, la normalidad constitucional. b. Su vigencia no puede reemplazar una ley y mucho menos la Constitución. c. Durante la emergencia, la regulación especial es apreciada bajo el rótulo de “medidas”. d. Las medidas tienen un tiempo limitado de vigencia. Ver BÖCKENFORDE, E. *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp. 117-118, Oxford University Press, 2017.

la emergencia iban a estar exentas del examen de los tribunales. Como contrapartida –y esto es lo más interesante–, estos eventos fueron capitales en el desarrollo de la llamada “*basic structure doctrine*” –doctrina judicial sobre la estructura básica de la Constitución– elaborada por el Corte Suprema de ese país.³⁹

Al igual que lo establecido por la reforma de 1949 en Argentina con la identificación de un ‘estado de alarma’ –art.34–, algunos países como Portugal o Alemania, diagraman un esquema gradual de alternativas para situaciones de emergencia. España, por ejemplo, ha introducido tres tipos diversos de emergencias, mientras que la Constitución de Brasil ha establecido como una alternativa atemperada al estado de sitio tradicional; una opción que denomina ‘estado de defensa’.⁴⁰ Para que esto último ocurra, es necesaria la declaración formal del presidente con el consentimiento de un consejo que le asiste.

Finalmente, corresponde destacar la propuesta política-procedimental defendida por Bruce Ackerman basada en el artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica. Desde el punto de vista del ‘constitucionalismo político’ y el pensamiento ‘republicano’, resulta muy interesante esta percepción de la ‘emergencia’ porque la misma racionaliza los mecanismos de declaración y continuidad de la emergencia en función del respaldo y de los controles democráticos incrementales que deben necesariamente ser alcanzados dentro del Poder Legislativo.⁴¹ La llamada *escalating cascade of supermajorities*, propicia una proyección de consensos más gravosos para poder prolongar la emergencia en el tiempo. Tal regla, de manera inteligente, de paso, impone al oficialismo la necesidad de lograr el apoyo o el compromiso vigilante de las fuerzas opositoras en continuas e incrementales instancias de revisión de la emergencia.⁴² Más adelante, volveré sobre este punto.

³⁹ ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of the Amendments Powers*, p. 45-46, Oxford University Press, 2017.

⁴⁰ A propósito del ‘estado de defensa’ en la Constitución del Brasil, ver LENZA, Pedro, *Direito Constitucional*, p.1 121, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2018.

⁴¹ ACKERMAN, Bruce, “*The Emergency Constitution*”, 113 YLJ 1029, Yale Law Journal, March, 2004.

⁴² Existen críticas interesantes a la postura de Ackerman. Por ejemplo, Dyzenhaus rechaza abiertamente su propuesta. Cfr. David Dyzenhaus, *Schmitt v Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?* HERNANDEZ Paper submitted by the author to the IACL round table held in Córdoba On June 24/25 2005.

II.2.2. Modelos no-regulados de emergencia

No todos los países han regulado las emergencias dentro de sus constituciones. Ni los Estados Unidos, ni Gran Bretaña, ni Suiza, ni Japón ni Bélgica, por caso, han dispuesto normas que identifiquen competencias extraordinarias o restricciones específicas a la libertad en virtud de una declaración de emergencia. Hay asimismo antecedentes curiosos. El caso de la constitución Suiza o el caso de la constitución del Reino Unido, por ejemplo. En el caso de Suiza, los antecedentes indican que toda declaración emergencia ha estado asociada al llamado “estado de sobrevivencia”. Y claro, en virtud de este registro, los decretos de emergencia, han venido siendo convalidados por una larga tradición de prácticas políticas específicas. Prácticas que son compatibles con una adecuada cultura política de negociación y acuerdos. Porque claro, no hay regulación constitucional, pero sí se advierte un *ethos* constitucional tributario de altos consensos políticos a la hora de reconocer y administrar tales medidas; las cuales –mientras estén sostenidos por esos consensos imprescindibles-, no son susceptibles de revisión judicial.⁴³

¿Qué pasa en el Reino Unido? Pues bien, el régimen constitucional de Gran Bretaña ha admitido la suspensión del Habeas Corpus. En este sentido, cabe recordar que esta garantía fue por primera vez reconocida en 1640, aunque quedó definitivamente establecida dentro del orden constitucional británico durante el reinado de Carlos II por medio de la ‘Habeas Corpus Act’ de 1679. Asimismo, luego de la revolución de 1688 –donde Jacobo II pierde el trono-, debe destacarse la creación de la ‘Mutiny Act’ prevista para contener situaciones de rebelión. Esta norma tiene sanción en 1689; justamente en el mismo año en que se promulga el ‘Bill of Rights’. En ambos casos, son normas impuestas por el Parlamento al nuevo rey Guillermo de Orange. La primera norma aludida guarda especial interés porque en tanto Ley del Parlamento, la misma persigue restringir la aplicación discrecional de la ‘Ley marcial’ por parte del monarca. Por último, sin una restricción material específica, no huelga tener presente que desde 2006 –con la *Legislative and Regulatory Rreform Act*-, en temas que involucran potenciales emergencias, el Parlamento ha delegado en el gobierno la potestad de modificar legislación sin necesidad de inmediata convalidación de su contenido.⁴⁴

⁴³ BÖCKERNFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings-*, pp124-125, Oxford University Press, 2017.

⁴⁴ Ver, ELLIOT, C. & QUINN, F, *English Legal System*, p.80, Pearson, 2010.

La tradición constitucional de este país, de todos modos, propone que el análisis de la emergencia debe estar inscripto en una matriz donde se ven combinados las reglas y principios constitucionales provenientes de tres fuentes complementarias y diversas. En primer lugar, aquellos derivados de la ‘soberanía del Parlamento’.⁴⁵ En segundo lugar, los que se desprenden a partir del reconocimiento concreto de las ‘prerrogativas del gobierno’. Por último, los principios del ‘*common law*’.⁴⁶ Y así, todo junto, componiendo un universo integrado de principios y tradiciones atávicas que la práctica constitucional ha consolidado, es que –sin que hubiere regulación única y específica–, las medidas de emergencias restrictivas de derechos y garantías, también han sido admitidas en historia política-constitucional de Gran Bretaña.⁴⁷

II.2.2.1 ‘Departamentalismo’: notas relevantes en los Estados Unidos

Existe una confusión recurrente respecto a dos ideas rectoras que han distinguido el diseño constitucional de los Estados Unidos. Sin duda y, en primer término, el modelo norteamericano, se erige sobre un modelo con clara separación de los Poderes del Estado. De todos modos y, en segundo lugar, es también evidente que la idea de ‘pesos y contrapesos’, ha sido y sigue siendo un criterio práctico instalado para resolver situaciones donde las competencias o la actividad de cada una de las ramas de gobierno se

⁴⁵ La teoría constitucional que fundamenta y explica la ‘Supremacía del Parlamento’ resultó ser una instancia incidental a los avatares políticos que consolidaron una progresiva restricción a los poderes del monarca. Desde la sanción de la Magna Carta (1215) a la fecha, esta tendencia fue jalonándose con leyes y prácticas constitucionales que refuerzan el sentido colectivo de la libertad en las islas británicas. Y en este sentido, fue la obra de Albert Dicey: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, la obra capital que durante el siglo XIX, terminó dotando de fundamentos teóricos a esta consolidada trayectoria política-constitucional.

⁴⁶ Más allá de ello, cabe resaltar que a partir de la sanción de la Human Rights Act (1998) se verifica un punto de encuentro entre algunas posturas políticas más europeizantes del país que intentan mancomunar esfuerzos con las posiciones más liberales -de cuño legalista-. Esta tendencia se opone a la tradición más republicanas que tienen lazos históricos con el llamado constitucionalismo político. Y naturalmente, el Brexit extrema la cautela respecto a los sistemas europeos de protección en materia de derechos humanos. Cfr. GYORFI, Tamas, *Agasint the New Constitutionalism*, pp. 1-41, Edward Elgar Publishing, 2016.

⁴⁷ Ver BÖCKERFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp121-123, Oxford University Press, 2017

solapa o tienen contacto con las restantes.⁴⁸ Un ejemplo plausible, nos lo da la Gramm-Rudman-Hollings Act, la cual, ‘políticamente’, fue sancionada para reducir en varios ejercicios presupuestarios el déficit del gobierno de los Estados Unidos.⁴⁹ Según acreditan los hechos, entonces, puede comprenderse, que es un enunciado falso aquel que sostiene que la Corte Suprema tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos entre poderes. La historia constitucional de los Estados Unidos, en este sentido, muestra cómo todos los poderes interactúan y, a menudo, la Suprema Corte de Justicia solo tiene un papel más que limitado en la resolución de tales disputas.⁵⁰

Pero volvamos a la emergencia. Receptando los antecedentes británicos, amén de admitir la posibilidad de enviar la milicia, la constitución de los Estados Unidos en su art. I secciones 8 y 9, sólo ha previsto la posibilidad excepcional de suspender la garantía del habeas corpus. La potencial alteración de la ecuación entre Poder y Libertad por defecto de una emergencia, entonces, se ve tratada con sumo laconismo en el texto constitucional de ese país. Más adelante exploraremos algunas interesantes notas del *case-law* estadounidense en situación tan extrema como puede ser la guerra. Aquí es interesante prestar debida atención al valor político-institucional del llamado ‘departamentalismo’. Preliminarmente, empero, vale la pena advertir cómo la mínima de regulación no ha sido obstáculo para que en varias oportunidades los tribunales y la Corte Suprema de ese país hayan desarrollado una sólida mirada crítica-normativa para evaluar la constitucionalidad de medidas involucradas por imperio de la ‘necesidad’.⁵¹

⁴⁸ Ver FISHER, Louis & DEVINS, Neal *Political Dynamics of Constitutional Law*, p.195 y ss, West Academic, 2019.

⁴⁹ Aludo concretamente a la ‘Gramm–Rudman–Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985’ y la ‘Balanced Budget and Emergency Deficit Control Reaffirmation Act of 1987’. Esta legislación surgida en el Senado, concedió al ‘comptroller general’ –un funcionario legislativo–, la capacidad de seguir y vigilar la implementación de las reducciones al déficit.

⁵⁰ Por ejemplo, en *United States v Nixon* -418 US 683 (1974)-, a propósito del caso ‘watergate’ o *INS v Chada* – 462 US 919 (1983)-. Más allá de la renuncia de Nixon, en el primer caso, quedó claro que el presidente tiene la prerrogativa de reservar documentos aun ante la petición de los otros Poderes. En el segundo caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos analiza el veto legislativo conforme el art I de la Constitución de los Estados Unidos con relación a la actividad de las agencias gubernamentales. Es interesante notar que, especialmente a partir de este caso, el congreso se esfuerza por afirmar el control parlamentario sobre las agencias dirigidas por el Poder Ejecutivo.

⁵¹ Al respecto, se puede citar por ejemplo, la coherente visión normativa de la interpretación constitucional practicada por el Justice Jackson en sus célebres opiniones en

En mi opinión, es revelador notar como en los Estados Unidos, la actividad de los tres poderes del Estado, supo en conjunto sortear conflictos de índole constitucional con motivo de las emergencias. En este sentido, por ejemplo, es interesante recordar el fallo ‘*Ex parte Milligan*’. Se trata de un caso donde el nombrado –habiéndose sido condenado a muerte–, decide desafiar por medio de un Habeas Corpus, la sentencia de un tribunal militar que había sido habilitado por Lincoln durante la guerra civil.⁵² Aquí, claramente, puede apreciarse la dimensión política y constitucional del conflicto. La discrepancia entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de los Estados Unidos se manifiesta sobre el rechazo de esta última a aceptar la constitucionalidad de las sucesivas suspensiones del Habeas Corpus decididas por el primero. Como subrayara Rossiter: ... “*al final de cuentas, solo se trataba de lo siguiente: Taney como presidente de la Corte Suprema estaba ansioso por preservar la obediencia a la Constitución mientras que Lincoln lo estaba en preservar la unión del país*”.⁵³

Sea como fuere, ha sido una cautela interpretativa consolidada desde los tiempos del Juez Marshall, la de tomar conciencia sobre la naturaleza del conflicto bajo análisis. Como dijera el nombrado en el famoso caso *McCulloch v Maryland*: no hay que perder de vista “*cuando es la Constitución lo que se está interpretando*”. Luego, en tal hipótesis, la latitud de los poderes del Congreso de los Estados Unidos, se convierte en un interrogante que ni los jueces ni el presidente ni el mismo Congreso pueden determinar en soledad.⁵⁴

De manera que, estas ideas, de algún modo, han servido de cimiento para posteriores desarrollos doctrinarios vinculados con el llamado ‘departamentalismo’.⁵⁵ Si esto fuera correctamente comprendido, es enton-

disidencia en *Korematsu v. United States* -323 U.S.: 214, 1944- y en concurrencia en *Youngstown Sheet & Tube v Sawyer* -343 U.S. 579, 1952-. Más adelante profundizaré sobre estos dos antecedentes.

⁵² Ver *Ex parte Milligan*, 4 Wallace (71 U.S.) 2; 18 L.Ed. 281 (1866). Cabe aquí notar otro antecedente importante. Producido un conflicto de poderes entre el Presidente y la Corte Suprema durante la guerra de secesión, a propósito del caso ‘*Merryman*’, una ley del Congreso de 1862 vino a respaldar la suspensión del Habeas Corpus en todo el territorio.

⁵³ Ver ROSSITER, Clinton, *The Supreme Court and the Commander in Chief*, p.25, Cornell University Press, 1976.

⁵⁴ Ver *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)..

⁵⁵ A propósito del ‘departamentalismo’ y su vínculo con el constitucionalismo político y popular es interesante revisar el libro seminal de Kramer. Ver, KRAMER, Larry, *The*

ces posible también advertir cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en casos muy variados –en tiempos de normalidad como en emergencias-, intentó criteriosamente evitar lesionar el principio de equilibrio de poderes.⁵⁶ En otras palabras, una mirada comprometida con los principios republicanos y democráticos –asociada al ‘departamentalismo’ y/o sensible al constitucionalismo político-, le interesa que aun en emergencia, la actuación del Congreso tenga cierta eminencia respecto al resto de los poderes superiores del Estado. Vale decir, que el Poder más ‘político’ del Estado no deba encontrarse subordinado a la retórica monológica de control y/o adjudicación los jueces ni mucho menos a los instintos de necesidad que siempre reclaman los ejecutivos.⁵⁷

Por último, algo importante para subrayar en materias de protección de derechos en tiempos de emergencia. En la mayoría del *case-law* producido por la Suprema Corte de los Estados Unidos es factible advertir cómo ha sido a invocación del ‘debido proceso sustantivo’ y la ‘igualdad ante la ley’ las avenidas principales por donde el análisis de constitucionalidad de las medidas impugnadas rindió sus mejores frutos.⁵⁸ Más allá de ello, el co-

People Themselves, pp.104-111, Oxford University Press, 2004.

⁵⁶ El registro de casos tiene impacto tanto respecto al concepto de ‘equilibrio de poderes’ como respecto a aspectos privados afectado como consecuencia de la intervención del Estado en materia de seguridad. Tanto durante la crisis desatada durante el conflicto con Irán en el año 1979, como la que tuvo lugar luego del 11 de septiembre de 2011, por caso, trajeron consigo la decidida intervención del Presidente –vgr: con la firma de la Executive Order 12170-. Vale la pena notar que cuando se sancionó legislación antiterrorista –la ‘US Patriot Act’- hubo ciertamente varios conflictos en materia de derechos fundamentales que terminaron siendo resueltos en la Corte Suprema de Justicia de los EEUU. Por citar solo algunos casos, con relación a lo primero, es interesante el reparar en ‘Dames & Moore v. Regan’ -453 U.S. 654 (1981)-. Con relación a lo segundo destaco ‘Hamdan v Rumsfeld’ -548 U.S. 557 (2006)-.

⁵⁷ DEVINS, N & FISHER, L, *The Democratic Constitution*, pp. 103 y ss, Oxford University Press, 2004.

⁵⁸ Este repertorio de jurisprudencia es muy importante. A guisa de ejemplo, apuntando un cambio de paradigma en materia de intervención estatal, es posible encontrar casos muy interesantes. En materia de emergencia y/o involucrando la protección de la libertad de contratación y de comercio, se puede reparar el cambio de temperamento de la Suprema Corte de Justicia de los EEUU en ‘Nebbia’ con relación a ‘Lockner’. Solo para citar algunos casos interesantes, conviene repasar otra ruptura relevante en la jurisprudencia en ‘West Coast v Parish’ -1937- respecto a ‘Schechter Poultry Corp v USA’ -1935-. Apelando a la emergencia, en esta última sentencia, invocando la ‘cláusula para el comercio’, la Corte Suprema de los Estados Unidos opta por la ‘doctrina de la no-delegación’ para invalidar regulaciones del Poder Ejecutivo con relación a la industria avícola. Sin duda, esta fue una decisión unánime que legitimó la Ley Nacio-

recto funcionamiento de todos los poderes –un eficiente comportamiento sala de máquinas de la Constitución-, sin dudas, es la mejor garantía para que la emergencia no se transforme en un pasaporte para menoscabar la libertad de las personas.

III. La regulación de las emergencias en el orden constitucional argentino

El orden constitucional argentino, regula la emergencia en diversos institutos. Por ejemplo, la declaración de guerra –art.: 75 inc. 25- y el estado de sitio (arts. 23, 75 inc 29, 99 inc. 16). A mi juicio, junto a la excepcional habilitación de ‘decretos de necesidad y urgencia’, DNU (art. 99 inc.3), estos son las provisiones básicas en la materia. La Constitución contempla la posibilidad de que el Presidente dicte decretos de necesidad y urgencia –DNU- y que pueda asumir competencias de legislación por medio de decretos delegados –art. 76-; sin soslayar que, en ejercicio de sus facultades, por vía legislativa, el Congreso también pueda concederle otros poderes adicionales de emergencia.⁵⁹ Por último, en las condiciones establecidas, con relación a las crisis que podrían desatarse a nivel subnacional, la Constitución regula la posibilidad de que el Congreso decida la intervención federal en las provincias –art. 6, 75 in. 31 y 99 inc. 20-.⁶⁰

Sea como fuere en países como la Argentina, desde un punto de vista de la argumentación jurídica, “*la fuerza normativa de lo fáctico*”, “*la habilitación constitucional*”, el “*fait accompli*”, de tal suerte, han sido subterfugios retóricos que han servido para el vaciamiento de todo contenido normativo a los derechos que fueron históricamente menoscabados durante un largo registro de emergencias. No hay razones para pensar que la Pandemia del COVID-19 no vaya a dejarnos una lección muy distinta.⁶¹

nal de Recuperación Industrial de 1933 (NIRA), como un componente principal que el New Deal dispuso para la recuperación de la economía del país.

⁵⁹ Analizando el arsenal de respuestas institucionales y mecanismos constitucionales a la mano, son muy interesantes las reflexiones crítico- teóricas que, en un texto todavía en desarrollo, ensaya Ignacio Colombo Murúa. Ver, COLOMBO MURÚA, Ignacio, *Dinámica Fáctica y Normativa de los Momentos de la Emergencia*.

⁶⁰ SOLA, Juan Vicente, *Intervención Federal en las Provincias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

⁶¹ Ver GARGARELLA, R & ROA-ROA, J, *Diálogo Democrático y Emergencia en América Latina*, MPIL Research Paper No 2020-21.

Argentina ha sufrido incontables emergencias políticas en su historia. Más allá de los golpes de estado, cabe recordar también la prolífica sucesión de emergencias económicas. Por ejemplo, durante el siglo XX, de diversas maneras, las normas de emergencia económicas fueron sancionadas para alterar el principio de libertad contractual o el principio de irretroactividad de la ley. Por caso, en ejercicio del llamado ‘poder de policía extraordinario’, las mismas fueron utilizadas para limitar agresivamente el derecho de propiedad.⁶² Naturalmente, hubo fallos que convalidaron el congelamiento o prórroga de los contratos de locación. Otros, avalaron recortes a las tasas de intereses, forzaron el ahorro o confirmaron prórrogas a los contratos hipotecarios. Y hasta hubo algunos que admitieron las facultades del PEN para cambiar algunos depósitos bancarios por títulos de la deuda pública o para legalizar la llamada pesificación asimétrica de los depósitos en moneda extranjera.⁶³

Es importante advertir que, a partir de la reforma de 1860, nuestro texto constitucional sabiamente quitó la regla del viejo inciso 20 del art.83 –luego 86, hoy 99 CN-. La mencionada regla consagraba el llamado ‘estado de sitio presidencial’ que habilitaba –con ciertas condiciones- dicha atribución al Poder Ejecutivo. A pesar de ello, la historia constitucional –sin detenernos en los golpes de estado-, no pudo evitar que el abuso en las intervenciones federales terminara degradando no solo al mismo federalismo sino también al equilibrio de poderes entre los órganos del Estado Federal. Sin soslayar que esta práctica cesarista a menudo supo estar acompañada

⁶² En este renglón, para citar solo algunas valiosas reflexiones, considero muy reveladores los aportes doctrinarios de algunos textos en particular. Por caso, ver: ELÍAS, José S, *Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentine “Amnesty” Laws*, 31 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 587 (2008). Asimismo, AAVV –editado por HERNÁNDEZ, Antonio M., *Constitutionalism in Times of Emergencies*, Advocatus, Córdoba, 2007. Un trabajo comprensivo sobre Estado de Sitio, sin duda es el texto de Gregorini Clusellas. Asimismo, ver GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Estado de Sitio*, p.36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987

⁶³ Ver: “Ercolano c. Lantieri” (Fallos: 136:131); “Horta c. Harguindeguy” (Fallos: 137:47, 1922); “Cine Callao” (Fallos: 247:121, 1960); “Mango c. Traba” (Fallos: 144:219, 1925); “Avico c. De la Pesa” (Fallos: 172:21); “Prattico Carmelo y otros c. Basso y Cía” (Fallos: 246:345); “Peralta, Luis c. Estado Nacional” (“L.L.”, 1991-C, p140) por citar algunos ejemplos emblemáticos.

de la declaración de concomitantes de ‘estado de sitio’ con la consiguiente suspensión de derechos.⁶⁴

Desde 1930 -con muchos juristas respaldando algunos de estos brulotes-, nuestra Corte Suprema ha venido convalidando una peligrosa relación de directa proporcionalidad entre la irregular ‘expansión’ de atribuciones de emergencia para el PEN con una refleja ‘merma’ –o precarización- de los derechos de las personas. Esta lógica puede sintetizarse de la siguiente manera: a mayor gravedad y necesidad, mayores poderes concentrados y menores garantías constitucionales para los ciudadanos. Lamentablemente -y aun en democracia-, esta impostura ha sobrevivido –y de tanto en tanto se agudiza-, por medio de una miscelánea de argumentos que merecen detenido un pormenorizado análisis.

Por ejemplo, nuestra Corte Suprema de Justicia, en el caso “Bustos”, en uno de sus votos, parece inclinarse a favor de una tesis extrema de habilitación por defecto de la simple ‘necesidad’.⁶⁵ El contenido de este razonamiento, en mi criterio, expone plausiblemente la falta de una imprescindible teoría de la emergencia que, tal lo argumentado, robustecería límites sensatos contra el ejercicio abusivo de los poderes durante el curso de la misma. La preocupante conclusión que dicha lectura propicia, sucintamente, puede resumirse con las palabras de Karl English. Estas son: cuando hay emergencia, “[t]odo derecho -sea o no un derecho fundamental- es, de acuerdo a su propio concepto, revocable”.⁶⁶ Está claro que, por su rotundez, dicha afirmación es disputable no solo por parte de la filosofía liberal sino también lo es desde el punto de vista del republicanismo.

Ahora bien, sumado a las malas prácticas, justo es decirlo, el orden constitucional argentino presenta varias debilidades estructurales. Por caso, se advierten algunas vacilaciones en el diseño constitucional y hay un claro déficit en la regulación normativa que colabora con la distorsión del modelo de separación de poderes. La deficiente reglamentación del funcio-

⁶⁴ La reforma de 1994 trajo mayor claridad al respecto (art.75 inc 31 y 99 inc.20). De todos modos, por interpretación extensiva del viejo art. 67 inc.28; en tanto titular de todos los poderes concedidos por la Constitución al ‘gobierno federal’, la ‘intervención federal’ ya era con anterioridad una competencia exclusiva del Congreso. Con la excepción de que éste se encontrase en receso, ésta siempre fue una atribución del Congreso.

⁶⁵ CSJN 26/10/2004 “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, especialmente el voto de los Ministros Maqueda y Belluscio.

⁶⁶ ENGLISH, Karl, *El Ámbito de lo no Jurídico*, p.16, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960

namiento de la comisión bicameral permanente (Ley 26122), por ejemplo, es causa eficiente de la proliferación de los DNU que no cumplen con el umbral de constitucionalidad exigido por nuestra Carta Magna. Recuérdese que ésta, entre sus principales funciones, debiera supervisar la regularidad formal y material de las facultades co-legislativas del PEN (art. 99 inc. 3 y art. 76 CN). En estos momentos, esta deficiente reglamentación, sin duda, constituye una pesada rémora que no debemos soslayar. Los inevitables problemas de coordinación que la mayoría de los sistemas presidenciales exhiben junto a estos zafarranchos legislativos, en mi opinión, constituyen el talón de Aquiles de un sistema político desequilibrado y sin controles idóneos. Más adelante, abundaré sobre este tópico.⁶⁷

Un último aspecto a tener en cuenta. Con relación al control de razonabilidad en materia de emergencia económica, nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido algunos aciertos. Por caso, se advierte un esfuerzo por delinear una teoría –o al menos un estándar de admisibilidad– por medio de la réplica de un precedente de la doctrina judicial de Suprema Corte de los EEUU. Este es un detalle importante. Estoy aludiendo al famoso caso “Home Building Loan Assn v. Blaisdell”.⁶⁸ En dicho fallo, el máximo tribunal norteamericano convalidó legislación extraordinaria que permitía modificar acuerdos contractuales en materia de hipotecas inmobiliarias. Dicha jurisprudencia precisó condiciones que luego fueron correctamente asimiladas por nuestro máximo tribunal. Al menos, esa fue la lectura del Juez Fayt en el caso ‘Provincia de San Luis v Estado Nacional’.⁶⁹ En la especie, aludiendo al famoso caso citado renglones arriba, Fayt se hace eco de un estándar o un umbral de constitucionalidad integrado por cinco condiciones muy similar al decisorio del caso ya citado.⁷⁰

En resumen, siguiendo el test de admisibilidad para la legislación de emergencia, es conveniente sintetizar los siguientes requisitos: (1) existencia de una emergencia donde se advierta necesidad real y grave; (2) la norma sancionada debe ser diseñada para proteger a la sociedad en su conjunto. No para beneficiar solo a un sector de la sociedad en detrimento de

⁶⁷ Cfr. RIBERI, Pablo, “*El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político*”, en AAVV., ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Constitución de la nación argentina, con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Tomo II, ps. 291-315, (Rubinzal Culzoni, 2003)

⁶⁸ 290 U.S. 398 (1934)

⁶⁹ CSJN. Fallos 326:417 (5/03/03).

⁷⁰ 290 U.S. 398 (1934)

otro⁷¹; (3) debe haber razonabilidad reglamentaria. Vale decir, los medios dispuestos y las condiciones impuestas deben estar trazados en función del fin legítimo reconocido; (4) evitando sobre-inclusiones o sub-inclusiones de categoría de sujetos, el remedio constitucional debe verse estrechamente ajustado, de acuerdo a lo que la doctrina constitucional comparada llama ‘intervención mínima’ o ‘menor restricción posible’⁷²; (5) las medidas y por ende las restricciones excepcionales a los derechos deben ser transitorias.⁷³

Finalmente, cabe advertir otro aspecto de suma importancia. Dado que Argentina forma parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los ciudadanos -y habitantes en general- cuentan con un modelo bidimensional de instituciones y garantías donde, en las condiciones procesales establecidas, todos los habitantes pueden encontrar remedios contra las emergencias que pudieran estar también lacerando derechos y libertades consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁴ El art. 27 de la CIDH o PSJCR; instrumento éste que goza de

⁷¹ Más allá de que la reforma de 1994 admite la existencia de medidas de acción positiva, la Constitución Argentina, solo las permite para grupos de personas desaventajadas. Por ejemplo, para ancianos o personas con discapacidad (art. 75 inc. 23, Const. Nac.). Asimismo, en esta inteligencia, es conveniente repasar también los tratados de derechos humanos. Vgr: art. 12. PIDESC y 4 PICP. Muy particularmente, el art. 27 CIDH o PSJCR.

⁷² Es oportuno notar que la exigencia de la ‘proporcionalidad’ respecto a las restricciones de los derechos es un elemento exigido por la Corte Interamericana en una consolidada Jurisprudencia. Vgr: Herrera Ulloa v. Costa Rica (sentencia del 2 de julio de 2004).

⁷³ En el apartado 29 de su voto –en mayoría–, en el fallo “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, citando a Hughes, Fayt rescata cuatro de las cinco características establecidas en el fallo de la Suprema Corte de los EEUU antes aludido. Escribe Fayt que para que la emergencia supere el test de constitucionalidad es necesario: 1) “*que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad*; 2) *que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos*; 3) *que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias*; 4) *que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria*”.

⁷⁴ A propósito de situaciones extraordinarias, con precisas condiciones, es dable tener presente el contenido del art. 27 de la CIDH o PSCR. En tres parte este prescribe: *en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color,*

Supremacía y máxima jerarquía constitucional (art. 31 y 75 inc. 22 CN), establece claros límites normativos a la sobre-regulación de derechos con motivos de situaciones de emergencia.⁷⁵

III.1. Las normas de emergencias y el COVID-19 en Argentina

La actual pandemia está dejando consecuencias devastadoras en términos económicos y sociales. La irresponsabilidad de algunos y la falta de inversión e infraestructura han colocado a muchos sistemas sanitarios regionales en riesgo de colapso. A contramano de ello, me atrevo a decir que estamos también cursando un proceso regresivo de ‘feudalización’ del territorio nacional. Como presagiara agudamente Minc, pareciera que en

sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. Amén del referido art. 27, por otro lado, el art. 30 de la CIDH o PSJC advierte que es aceptable la existencia de limitaciones y restricciones a los toda restricción a los derechos consagrados en la convención; solo sí y solo si: a. (se trata-se) de restricciones expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

⁷⁵ Es necesario notar que formando parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Argentina tiene obligaciones internacionales que respetar. En este sentido, amén de la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana, sería oportuno que las autoridades nacionales, provinciales y municipales, por caso, cumplan con las recomendaciones específicas en materia de ‘Pandemia y Derechos Humanos’ que, por medio de la Resolución nro. 1 de fecha 10/04/2020 fueron establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

muchas partes del planeta estaríamos asistiendo a fenómenos semejantes a aquellos sucedidos durante la Edad Media.⁷⁶ Un proceso donde, por ejemplo, las provincias cierran fronteras y se estigmatizan a quienes son transmisores de la enfermedad. Como en tiempos de la ‘peste negra’, se percibe un sentimiento primitivo de temor y rechazo irracional que va expandiéndose en diversos rincones del país. Principalmente, hacia quienes vienen de otros lados.⁷⁷

Por otro lado, estamos asistiendo una época signada por la ‘bio-política’; un tiempo marcado por la utilización de mecanismos muy sofisticados de disciplinamiento social. Si Holmes alguna vez nos invitó a pensar el “costo de los derechos”, por otro lado, no es sencillo predecir cuál va a ser la cuenta final que van arrojar las decisiones correctas, mediocres y malas que se estén tomando en este momento.⁷⁸ Lo que sí estamos en condiciones de saber en Argentina es que las equivocaciones presentes de las autoridades políticas y sanitarias, difícilmente puedan ser corregidas por los mecanismos institucionales que, en tiempo oportuno, debieran haber respetado condiciones de deliberación e independencia de poderes. Desde mi punto de vista, este es un argumento central que este texto desea enfatizar.

El abuso de la actividad legislativa excepcional del PEN, en primer lugar, tuvo lugar mientras el Congreso de la Nación se encontraba paralizado y los tribunales federales y provinciales tenían sus actividades mayormente suspendidas. En ese contexto, sin embargo, el citado el DNU 297/20 -que estableció un *Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO)*-, desde mi punto de vista, supera un examen de constitucionalidad. La cuestión, de todos modos, no es sencilla.⁷⁹ Y no lo es porque dicho DNU que tenía un alcance temporal limitado hasta el 31/03/20, ha tenido sucesivas prórrogas.

⁷⁶ MINC, Alain, *Le Nouvelle Moyen Âge*, pp.68 y ss, Éditions Gallimard, Paris, 1993.

⁷⁷ Se intentaron establecer restricciones ambulatorias para quienes tienen más de 70 años en la CABA, por ejemplo, sin mencionar las medidas que deshumanizan la situación de enfermos terminales y familiares de fallecidos. Asimismo, algunos gobernadores decidieron unilateralmente el corte de rutas y caminos interprovinciales. Ver, HERNANDEZ, Antonio, “*Las Emergencias por COVID-19 en Argentina*”, in –edited by GONZALEZ, Nuria & VALADES, Diego-, *Emergencia Sanitaria por COVID-19 – Derecho Comparado-*, pp. 23-39, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

⁷⁸ HOLMES, S & SUNSTEIN, C., *The Costs of Rights*, pp. 49-ss, W.W. Norton & Co, NY, 2009.

⁷⁹ Personalmente comparto esta postura con varios especialistas en la materia. De entre quienes entienden que no es factible el ASPO sin “estado de sitio”, destaco la opinión de Ricardo Ramírez Calvo.

Y, porque dichas prórrogas han sido decididas por el PEN en soledad; sin mencionar que un concierto de legislación de emergencia complementaria también se ha sumado sin deliberación ni acuerdo parlamentario alguno. Lamentablemente, la parálisis del Congreso y la poca actividad de los Jueces hacen que este expansivo cuadro normativo de emergencia se encuentre bajo sospecha.

En este punto, hay algo interesante que merece ser debatido. Si bien algunos autores entienden que las restricciones a la libertad ambulatoria -entre otros derechos afectados- hubiera necesitado la declaración del Estado de Sitio, mi opinión, empero, es que ello no era necesario. Por un principio constitucional elemental, el cual indica que hay que utilizar el mecanismo de menor impacto sobre los derechos y la libertad, por un lado. Y por el otro, dado que no se habría configurado el requisito de la ‘conmoción interior’ que exige la regla constitucional del art. 23, es pleno, entonces, que el recurso del DNU fue preliminarmente correcto. Más allá de ello, insisto, la derivada legislación de emergencia, siguió luego precipitando un concierto de medidas cuya ‘necesidad’ y ‘urgencia’, en muchos casos, no conforma la matriz de admisibilidad que está establecida en el art. 99 inc. 3 de la CN.

Lo cierto es que, siguiendo las amplias facultades previstas por la ley 27.541 (*Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública*), promulgada el 20 de diciembre de 2019 -con anterioridad a la pandemia-, el país se ha ido sumergiendo en un festival olímpico de decretos emanados del Poder Ejecutivo. Sobre todo, esta tendencia se pronunció a partir de la reglamentación del llamado distanciamiento social obligatorio (ASPO). A comienzos del mes de julio ya se habían dictado más de 40 decretos de necesidad y urgencia (DNU) y otros 12 decretos delegados (DD).⁸⁰ Más allá de la razonabilidad y legitimidad de las primeras medias sanitarias, de a poco, la verdad es que el presidente se ha ido transformando en una suerte de ‘croupier’ que reparte unilateralmente beneficios y cargas entre toda la población.⁸¹

⁸⁰ Ver: <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1454>. Asimismo, ver el sitio chequeado.com, al 16 de junio el PEN había hecho 44 DNU. Ver el sitio aludido: <https://chequeado.com/ultimas-noticias/pro-en-estos-6-meses-fernandez-publico-44-dnu-un-promedio-de-733-5-veces-mas-que-macri/>

⁸¹ A propósito de esta situación, son interesantes las reflexiones de Posner y Vermeule. Ver, POSNER, R. & VERMEULE, A., “*Tryrannophobia*”, pp.333 y ss, in –Edited by GINSBURG, Tom, *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012

Resulta importante notar que, en la emergencia, los órganos del Estado pueden llegar a ampliar sus poderes. De todos modos, para hacerlo, es necesario que, en la producción de normas, medidas y acciones, de algún modo, queden todas objetivizadas y comprendidas dentro del ‘telos’ constitucional que justifica esa nueva –y transitoria- ecuación establecida entre Poder y Libertad. Naturalmente también, esa identificación debe necesariamente ser compatible con otros valores y fines de la Constitución. El disfrute de los derechos y garantías de las personas dentro del orden constitucional argentino está modelado por condiciones legales e interpretativas que regulan y habilitan la implementación y vigencia del preámbulo, por ejemplo. Luego, amén del enervamiento de derechos, el ejercicio del poder de ‘policía extraordinario’ en situación de emergencia, en su inteligencia, solo permite una regulación (más) restrictiva y transitoria de los derechos a la que era corriente en situación de normalidad (arts. 14 y 28 CN).

Frente a esta nueva situación, la invocación de la violación del debido proceso o la desigualdad ante la ley, suelen ser los recursos retóricos repetidos por medio de los cuales se cuestiona la inconstitucionalidad de algunas medidas.⁸² Si en condiciones de normalidad los principios de legalidad y razonabilidad operan como límites permanentes al ejercicio de los derechos constitucionales, está claro, en situación de emergencia, tales límites han corrido sus fronteras. Producido el reconocimiento de la emergencia, de tal suerte, el acrecentamiento y/o concentración de los poderes en el Poder Ejecutivo, solo pueden sustanciarse en tanto y en cuanto los derechos y las garantías de las personas, no corran riesgo de extinguirse.

Por otro lado, las condiciones de legalidad alteradas en función de los hechos excepcionales, deben estar conjugadas con las condiciones adaptadas de razonabilidad que la emergencia exija. Durante las emergencias,

⁸² El test de razonabilidad no debe involucrar el mérito u oportunidad de la decisión política de reconocer la emergencia. Sin embargo, como lo ha dicho la SCJN en ‘Alem’, ‘Sofía’ o ‘Granada’ –entre otros casos-, los tribunales están de todos modos habilitados para analizar si los medios dispuestos son efectivamente idóneos y legítimos para paliar la emergencia. Estos deben ciertamente valorar si las medidas pudieran tener un impacto excesivamente agresivo contra los derechos de las personas. Por otra parte, deben ponderar si el fin legítimo invocado justifica efectivamente la restricción excepcional de derechos constitucionales tales como el derecho a circular, trabajar, contratar –alquileres, intereses hipotecarios, desalojos-; a ejercer industria lícita, reunirse, practicar el culto; al funcionamiento del mercado y al normal funcionamiento en las relaciones de consumo, etc.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido generalmente deferente hacia los poderes más políticos aun cuando su jurisprudencia se observa de todos modos un tanto zigzagueante en materia de evitación de excesos por arbitrariedad o ilegalidad. Tanto en las emergencias políticas como en las económicas, tal lo dicho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha desarrollado una doctrina consistente, ni ha establecido un claro tipo de ‘escrutinio’ *ex-ante* que permita reconocer una potencial y previsible reacción de su parte ante eventuales excesos del PEN.

IV. ¿Quién debe defender la Constitución durante las emergencias?

Desde el punto de vista teórico, existe una clara dicotomía entre las perspectivas más legalistas y liberales frente a las miradas más políticas o realistas en materia de emergencia. Los primeros sostienen que debe ser el Poder Judicial el defensor de la Constitución. Los segundos, en cambio, conceden esa potestad al Poder Ejecutivo. Teniendo en cuenta nuestro régimen político, forma de estado y forma de gobierno, desde mi punto de vista, ambas posturas dilemáticas, se presentan como insatisfactorias. De algún modo, esta dicotomía divide aguas entre la preferencia del ‘parlamentarismo liberal’ -de Kelsen- frente al ‘presidencialismo mayoritarista’ que seduce a Schmitt.

Al menos desde un punto de vista republicano y desde la perspectiva del constitucionalismo político, entonces, deben ser todos los poderes -e incluso los ciudadanos- quienes deben defender la Constitución. Y ciertamente, el Congreso debe ocupar un papel central en este empeño. Y esto no está dicho retóricamente ni mucho menos en simples términos ideales. Por eso, aun advirtiendo que Kelsen y Schmitt suelen ser invocados como respaldo en ambas posturas dominantes, de todos modos, me atrevo a escaparle a las tenazas de este dilema estéril.⁸³ La defensa de la Constitución,

⁸³ Este debate capital es producto de un texto publicado por Schmitt que luego fue respondido por Kelsen. Para comprender la sustancia ideológica y teórica que separa ambas posturas, cabe notar que así como es necesario vincular la “Teoría del Derecho” y la “Teoría del Estado de Kelsen” con la posición del primero, el cabal entendimiento de la posición del segundo requiere repasar sendas obras anteriores que ya habían sido escritas casi en simultáneo por Schmitt. Por un lado, el “Concepto de lo Político” y la famosa *-Vefassunglehre-* “Teoría Constitucional”. Ver, SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, Editorial Labor, Buenos Aires, 1931. Asimismo, H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

especialmente en emergencia, no puede quedar reducida a una simplificada dicotomía de posiciones antagónicas que suelen soslayar alternativas cooperativas de participación y responsabilidad democráticas compartidas.

Teniendo en cuenta la experiencia histórica, lo cierto es que existen otros elementos que merecen atención. Antes de dar precisión a mi postura, es conveniente enunciar -aunque sea muy elementalmente-, los puntos de conflicto entre ambos célebres juristas. Empecemos notando un par de claves conceptuales básicas. Schmitt correctamente entendía que el fundamento último del Poder se percibe exclusivamente en la ‘excepción’, por eso, en su criterio, le parecía admisible suspender la ‘Ley Constitucional’ para defender la ‘Constitución’.⁸⁴ Sin normalidad, no hay normatividad: esto es evidente. Aunque vaya paradójica.

De algún modo, ese es el argumento encriptado en el famoso enunciado de la ‘Teología Política’. Luego, la de Schmitt nunca puede ser vista como una teoría normativa de la Política.⁸⁵ Pero tampoco tratase ésta de una teoría anti-normativa. Aun cuando el soberano está por fuera de la Constitución, lo cierto es que la ‘excepción’ alude un espacio intermedio para que éste pueda llegar a organizarse y actuar. De manera que, aun para

⁸⁴ Dice Schmitt: *Sovereign is he who decides on the exception*”, SCHMITT, Carl *Political Theology*, p.5. M.I.T. Press.

⁸⁵ No huelga notar la preocupación del nombrado por la velocidad del desarrollo de la técnica y con ella el riesgo inminente de una violencia descontrolada. Ese fue el horizonte de sentido de sus reflexiones en una conferencia en Leipsiz, el 1 de diciembre de 1944. En efecto, en la oportunidad, Schmitt abordó un tema que parecía absurdo. Este autor se puso a analizar la distancia entre romanistas y germanistas aludiendo el tema genérico de la “*filosofía jurídica europea*”. Esta conferencia, nótese, tuvo lugar en pleno desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. Más allá de los detalles de erudición, Schmitt en verdad, la materia de reflexión refiere a aspectos menos superficiales que una mirada distraída pudiera captar. Esto es, lo que está pensando trasciende la dicotomía planteada en el título y apunta a desnudar el vínculo que la filosofía jurídica europea ha sabido establecer entre justicia y orden político. Schmitt, en este sentido, advierte el verosímil y lamentable hecho en cuanto que la disposición de armas y tecnologías poderosas -la prepotencia de la ciencia-, inexorablemente, iban a caer en manos de cualquier gobernante inescrupuloso. Algo que sin duda aflige a cualquier individuo sensato. Por eso, en su crítica, se vislumbra un interesante llamado de atención. Lo que está intentando rescatar es un incentivo que hoy está completamente ausente. Su advertencia invita a cuidar las arcanas enseñanzas del Derecho y por esto mismo, es que se vuelve también fundamental repasar (reconfigurar) el vínculo que alguna vez comunicó el Derecho con la Política con la prudencia moral y la virtud. Ver, KENNEDY, Helen, *Constitutional Failure -Carl Schmitt in Weimar-*, Duke University Press, 2004

Schmitt, si ello fuere correcto, es pleno también que una ‘emergencia’ nunca debiera llegar a transformarse en un punto de fuga para la arbitrariedad premeditada.⁸⁶ Lo que sostiene, en pocas palabras, es que en una situación de excepción –como una guerra civil, por ejemplo-, puede ser inevitable la concesión de atribuciones extraordinarias al presidente quien está autorizado a gobernar por medio de decretos con fuerza de ley. Para este autor, entonces, son suficientes la invocación de fundamentos de ‘necesidad’ -o los peligros que tal situación podría traer aparejados-, para que quede habilitada esa ampliación de facultades.⁸⁷ El razonamiento es simple y categórico: si un gobierno no puede hacer frente a una situación extraordinaria, tiene que caer.

Por eso, en las antípodas de Kelsen entiende que los tribunales, aunque ejerzan funciones de control, no pueden empero transformarse en ‘defensores’ del orden Constitucional. Para Schmitt el ‘sentido’ de una Constitución, está atada a su suerte existencial. Para él: “*el sentido de toda Constitución racional es procurar un sistema de organización que permita formar una voluntad política e instituir un gobierno capaz de gobernar*”.⁸⁸ La unidad del pueblo -que solo el Estado puede garantizar-, de tal suerte, es la clave de bóveda en la justificación impostergable de poderes de emergencia en manos del presidente. Solo un guardián capaz de actuar sin reparos jurídicos, puede ser el defensor indicado.

A contramano de esta percepción, Kelsen defiende la idea de que solo un Tribunal Constitucional debe ser el máximo baluarte en la protección de la Constitución. Muy radicalmente, el autor austríaco discrepa con la matriz fenoménica que se expresa el pensamiento ‘schmittiano’. Recuérdese que para Schmitt resulta inadmisibles que titulares de derechos subjetivos pueden estar involucrados en esta tarea. No admite que éstos puedan ser parte de un proceso litigioso judicial donde se debata la defensa de la Constitución. Para el alemán el carácter ‘pluralista’ del control de constitucionalidad, inscripto dentro de un proceso controversial de oposición entre partes, nunca debe ser utilizado como un mecanismo de defensa de la

⁸⁶ Tal como Schmitt sostiene, ante la hipótesis extrema “*se preserva el orden jurídico aun cuando la ley constitucional esté suspendida*”. Ver, LAVIS, Simon, “*The exception of the norm in the Third Reich: (Re)Reading the Nazi constitutional state of exception*”, en AAVV (editado por CERCEL, C, FUSCO, G and LAVIS, S), *State of Exception – Law, History, Theory-*, p.98-99, Routledge, 2020.

⁸⁷ Cfr. SCHMITT, Carl, *Political Theology*, p.148, M.I.T. Press.

⁸⁸ SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, p.143, Editorial Labor, Buenos Aires, 1931

Constitución. Ello resulta ilógico en tanto y en cuanto la radicalización de la disputa siempre puede transformarse en una vía rápida hacia la “*desintegración del concepto de estado*”.⁸⁹

La discrepancia *kelseniana*, en términos de teoría constitucional, es pleno, nos revela un compromiso práctico con el valor normativo del texto fundamental asediado. La preocupación del austríaco, en este renglón, no se ciñe a una mera sofisticación intelectual o a un vacío rigorismo formal. Es más, Kelsen advierte también que, en tanto legislador negativo, dado el carácter jurídico-político de este tipo de debates, la actuación de un tribunal con competencia constitucional es un resorte imprescindible para la preservación de los caracteres normativos del sistema constitucional. La Constitución para ser respetada debe ser valorada en su contenido. Y a propósito de esto, refiriendo lo que acontecía en la antigüedad en Atenas, hace notar como el debate parlamentario también exhibe esa naturaleza controversial.⁹⁰ Con todo, el planteo de Kelsen tiene un valor históricamente central toda vez que el mismo oportunamente puso de manifiesto la necesidad de contar con garantías para el funcionamiento de un poder judicial, el cual, en su juicio, debía ser independiente del parlamento y del gobierno.⁹¹

IV.1. ¿Cómo volver a poner el centro dentro de la figura?

Para comprender cómo opera la dialéctica entre ‘diseño’ y ‘*ethos*’ constitucional en claves republicanas, resulta ineludible explorar los vínculos que han tenido ambas a lo largo de la historia.⁹² Es decir, ciertas lec-

⁸⁹ H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p.51, Tecnos, Madrid, 1995.

⁹⁰ H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p.39, Tecnos, Madrid, 1995.

⁹¹ KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, p. 123, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

⁹² En una misma línea de ideas tempranas en materia de ‘diseño constitucional’, es posible identificar el pensamiento de Mariano Moreno. De algún modo, Moreno comparte el mismo temperamento que se ve patentizado en los llamados ‘papeles del Federalista’. Por caso, en el Federalista nro. 1, donde se advierte la intención de establecer un buen gobierno “*by reflection and choice*”. En este punto es dable notar como el revolucionario argentino también vincula ‘diseño institucional’ con la consecución de importantes objetivos republicanos. A propósito, cabe la siguiente cita de la Gazeta de Buenos Aires, de fecha 28 de octubre de 1810. Escribe Moreno: “*El pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, el debe aspirar a que nunca puedan obrar*

ciones de la historia permiten asimilar cuál ha sido el papel que ha jugado la experiencia que mira el pasado *vis à vis* la inteligencia anticipatoria que prevé el comportamiento institucional en el futuro. Y así, dicho sea de paso, como afirmaba Catón -el viejo-, esta es la clave fundamental que explica el éxito constitucional que marcó a la república romana. Afirmaba Catón: “*la razón por la cual nuestro sistema político es superior al de los otros países es la siguiente: lo es.... porque nuestro Estado no ha sido la creación de un solo hombre sino la obra de muchos; porque el mismo no ha sido fundado en el lapso vital de cualquier sujeto en particular, sino que su factura abarcó varias centurias y ocupó a múltiples generaciones*”.⁹³ En otras palabras, hay que aprender las lecciones del pasado. Hay que ajustar el comportamiento de la ‘sala de máquinas de la Constitución’. Y en es mi impresión que el ‘departamentalismo’ asociado a una práctica republicana es donde pueden auspiciarse los mejores resguardos para la libertad y los derechos.

Pues bien, habiendo dicho esto, es plausible que las alternativas institucionales respecto al control del poder durante una emergencia no deben quedar encapsuladas en la contienda teórica Schmitt/Kelsen. En mi opinión, la disputa teórico-práctica entre ambos extremos, de algún modo, ha logrado sacar de su centro los caracteres relevantes que distinguen la fisonomía de una república democrática. Vale decir, ese centro, está hoy por fuera de la figura. Y, precisamente lo está, porque el hiper-presidencialismo y/o la judicialización excesiva de los desacuerdos políticos y derecho han terminado de obturar todos los canales de comunicación inter-poderes, fulminando, de paso, el contrapeso imprescindible de controles necesarios.

Ante este tipo de desafíos, mi intuición, desde un punto de vista republicano, indica que se debe promover la sobrevida institucional por medio de condiciones más participativas y democráticas. Naturalmente, ello es

mal, que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud, y que delineando el camino de sus operaciones por reglas que no estén en sus manos trastornar, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejerzan, sino de una Constitución firme, y que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a estos la libertad de hacerse malos impunemente”. Cfr. RIBERI, Pablo, “*El Pensamiento Constitucional de Mariano Moreno. Un Republicano cuando la República no existía*”, en AAVV –Dirigido por MANILLI, Pablo-, *El Pensamiento Constitucional Argentino 1810-1930*, p. 109, Ediciones Errepar, Buenos Aires, 2009.

⁹³ Catón (el Viejo) citado por Hélène Landemore. Ver. LANDEMORE, Hélène, *Democratic Reason*, p. 232, Princeton University Press, 2013.

así por el carácter normativo que el comportamiento del Poder -aun en emergencia-, debe exhibir. Y si ello es correcto, todo orden republicano debe estar edificado sobre firmes cimientos constitucionales que permitan sostener un cuerpo robusto de libertades y valores colectivos. Porque claro, no es posible evitarlo, la república se asienta sobre tres pilares robustos. Estos son la ‘soberanía popular’, el ‘imperio de la ley’ y el principio de ‘no-dominación’.

En consecuencia, en esta inteligencia, lo cierto es que, en toda constitución republicana, es necesario prever inteligentemente el comportamiento de los poderes anticipando potenciales excesos. Naturalmente, aun durante las más graves emergencias, ello debe ser así.⁹⁴ Porque resulta razonable y deseable que ello suceda. Las expectativas democráticas y republicanas, aun en los contextos más extremos, entonces, permiten fortalecer la dimensión normativa del compromiso cívico con los valores del autogobierno. Porque está claro, el orden político constitucional republicano se caracteriza por resistir en todo momento y lugar los potenciales arrebatos autocráticos. El imperio de la arbitrariedad –en desmedro de la ley- y los privilegios e impunidades que pudieran intentarse, son siempre amenazas inadmisibles para la libertad republicana. Vale decir, más allá de la unidad de acción o de la ampliación de facultades en el Poder Ejecutivo, lo concreto es que un régimen político republicano nunca puede resignar mecanismos plurales de deliberación dentro de los distintos poderes del Estado. Tampoco puede prescindir de eventuales juicios de responsabilidad para los funcionarios que desempeñan sus más empinadas magistraturas.⁹⁵

En claves republicanas -y bajo la óptica del constitucionalismo político-, en rigor de verdad, es importante que tanto la legitimidad de la legislación como las medidas implementadas no se encuentran inmunizadas por la lógica fáctica de la necesidad. Por eso, en este punto, asoma muy atractiva la regla constitucional del art. 37 de la Constitución de Sudáfrica.⁹⁶ La misma, tal lo destacado renglones arriba, es juiciosamente valorada

⁹⁴ RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009.

⁹⁵ Cfr. GARGARELLA, Roberto & ROA-ROA, Jorge, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, en MPIL, research papers series 2020-2021.

⁹⁶ El mencionado artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica, textualmente establece las condiciones y precisa que solo una ley del Parlamento puede declarar el Estado de Emergencia. Textualmente dice la norma: *A state of emergency may be declared only in terms of an Act of Parliament, and only when— (a) the life of the nation is*

por Bruce Ackerman por cuanto la misma es tomada como un ejemplo cabal de lo que este autor llama: “*escalating cascade of supermajorities*”.⁹⁷ Sin disponer restricciones materiales, tratase de un mecanismo político-constitucional que, a un mismo tiempo, tiene la capacidad de incentivar respuestas institucionales eficaces y controles idóneos compartidos durante el transcurso de la emergencia.

Ahora bien, ¿por qué un mecanismo ‘supermayoritario’ merece un juicio tan laudatorio desde el punto de vista republicano? Es sencilla la respuesta. En esta solución constitucional, ello correcto porque a partir del reconocimiento parlamentario de la emergencia, la continuidad en el tiempo de las facultades concedidas al Poder Ejecutivo pasa a estar subordinado a crecientes acuerdos supermayoritarios que, en sucesivas instancias de justificación, imponen nuevos ciclos de debate para alcanzar incrementales procesos agravados de consenso parlamentario.

threatened by war; invasion, general insurrection, disorder, natural disaster or other public emergency; and (b) the declaration is necessary to restore peace and order. (2) A declaration of a state of emergency, and any legislation enacted or other action taken in consequence of that declaration, may be effective only— (a) prospectively; and (b) for no more than 21 days from the date of the declaration, unless the National Assembly resolves to extend the declaration. The Assembly may extend a declaration of a state of emergency for no more than three months at a time. Chapter 2: Bill of Rights 17 The first extension of the state of emergency must be by a resolution adopted with a supporting vote of a majority of the members of the Assembly. Any subsequent extension must be by a resolution adopted with a supporting vote of at least 60 per cent of the members of the Assembly. A resolution in terms of this paragraph may be adopted only following a public debate in the Assembly. (3) Any competent court may decide on the validity of— (a) a declaration of a state of emergency; (b) any extension of a declaration of a state of emergency; or (c) any legislation enacted, or other action taken, in consequence of a declaration of a state of emergency. (4) Any legislation enacted in consequence of a declaration of a state of emergency may derogate from the Bill of Rights only to the extent that— (a) the derogation is strictly required by the emergency; and (b) the legislation— (i) is consistent with the Republic’s obligations under international law applicable to states of emergency; (ii) conforms to subsection (5); and (iii) is published in the national Government Gazette as soon as reasonably possible after being enacted. (5) No Act of Parliament that authorizes a declaration of a state of emergency, and no legislation enacted or other action taken in consequence of a declaration, may permit or authorize— (a) indemnifying the state, or any person, in respect of any unlawful act; (b) any derogation from this section; or (c) any derogation from a section mentioned in column 1 of the Table of Nonderogable Rights, to the extent indicated opposite that section in column 3 of the Table.

⁹⁷ Ver ACKERMAN, Bruce, “*The Emergency Constitution*”, 113 YLJ 1029, Yale Law Journal, March, 2004.

Si las emergencias son instancias excepcionales donde se juega la preservación del orden constitucional, antes bien, que la permanencia de un líder -o un elenco de gobierno en el Poder-, es ciertamente lógico estarse atentos a dos objetivos imprescindibles. En primer lugar, es esencial notar que, por el carácter normativo de cualquier emergencia, el Poder Ejecutivo -o cualquier órgano habilitado- deberá siempre respetar los límites que el texto y la práctica constitucional hayan establecido. Vale decir, en un sistema como el nuestro, asumiendo la ampliación de competencias hacia el Poder Ejecutivo -o hacia cualquier órgano habilitado-, las medidas y decisiones tomadas -según razón y carácter-, deben ser susceptibles tanto de un control político parlamentario como de un control específico que pudiera ser ejercido por jueces. En segundo lugar, por el carácter normativo que presupone todo instituto de emergencia, va de suyo, que su vigencia debe encontrarse también acotada en el tiempo. Esto, de paso, implica que, si el Poder Ejecutivo fuera el órgano empoderado, que la delimitación o continuidad de las atribuciones de emergencia concedidas, nunca pueden depender del juicio o voluntad exclusiva del presidente.

Más próximos a las corrientes circunstancias producto de la pandemia, por otro lado, existen otros aportes del *case-law* comparado que bien merecen consignarse. Dentro de este espectro, resulta oportuno recordar al menos dos casos relevantes que tuvieron lugar en los Estados Unidos. Me refiero a los planteos de inconstitucionalidad contra medidas de emergencias -dispuestas por la autoridad militar, con el respaldo del presidente-, durante la segunda guerra mundial. Estoy aludiendo a aquellos ciudadanos norteamericanos que de manera compulsiva y arbitraria fueron confinados en campos de detención en la costa oeste. ¿Por qué?

Porque se trata de un ejemplo de restricción arbitraria de derechos con motivo de una emergencia. En la especie, estoy aludiendo a 'Hirabaiashi' y 'Korematsu' -ciudadanos norteamericanos-, quienes padecieron un 'confinamiento obligatorio' en un campo de detención por la mera condición de ser descendientes de japoneses. En particular, en línea con mi primer enunciado principal, al comienzo de este texto, me interesa llamar la atención sobre el contenido del razonamiento del Juez Jackson, en disidencia, en este último caso.⁹⁸ En efecto, su opinión es muy relevante, precisamente,

⁹⁸ Luego de Pearl Harbor, el decreto ejecutivo 9066/1943 del Presidente Roosevelt autorizó el confinamiento compulsivo en campos de detención de ciudadanos norteamericanos de ascendencia japonesa. En *Hirabayashi v. United States*, -320 U.S. 81 (1943)-, la Suprema Corte de los EEUU respaldó la constitucionalidad de dicha medida. En sus

porque Jackson estructura la fundamentación de la inconstitucionalidad de la decisión del Poder Ejecutivo sobre la base del carácter normativo que la interpretación de las reglas de emergencia, necesariamente, debe respetar. Cabe notar que más allá de la revisión de este precedente en *Korematsu II*, tal como lo expresa el *Chief-Justice* Roberts en ‘*Trump v Hawaii*’, su significado en el tiempo ha sido catalogada como una “*mancha en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos*”.⁹⁹

La subordinación del razonamiento constitucional a la lógica de la necesidad, tal lo dicho, es claramente un modo tautológico de razonamiento ‘para-constitucional’ que desnaturaliza la historia conceptual que tenido la voz ‘emergencia’. En pocas palabras, la lógica de este razonamiento falaz puede resumirse de la siguiente manera: ‘*a mayores necesidades mayores poderes -al Ejecutivo- y mayores restricciones -a la libertad-*’. Reproduciendo la matriz de pensamiento del voto mayoritario de la Corte Suprema Norteamericana en el citado caso “*Korematsu*”, en “*Bustos*”, el voto de la mayoría de nuestro máximo Tribunal, valiéndose de una emergencia –económica-, también convalidó el incremento de restricciones al derecho de propiedad sin reconocer límite ni estándar alguno de admisibilidad.¹⁰⁰ En ambos casos, en sus fundamentos, la interpretación de la regla constitucional quedó subordinada a la lógica de la ‘necesidad’. Luego, en la especie, la deferencia judicial irrestricta hacia el presidente equivale a una renuncia injustificada del control de ‘razonabilidad’ en situaciones donde dicho requisito es imprescindible. Cada vez que los imperativos declamados por el Poder Ejecutivo reclamen mayores poderes por defecto de una emergencia, esta postura, parece asumir una inexplicable abulia y/o indiferencia ante la suspensión o fuga de un mundo normativo que se vuelve así un simple decorado retórico.¹⁰¹

El argumento de Jackson, empero, a contramano de la mayoría en ‘*Korematsu*’, decide atinadamente centrar su análisis sobre la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva 9066/1943. Más allá del análisis sobre

argumentos, se pronunció ‘deferente’ tanto con el Poder Legislativo como con el Poder Ejecutivo. Luego, en *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-, la Suprema Corte estadounidense ratifica este criterio aunque son importantes las disidencias de los jueces Jackson, Sawyer y Roberts.

⁹⁹ Ver *Trump v. Hawaii*, -No. 17-965, 585 U.S. (2018)-.

¹⁰⁰ *Bustos AR*, c Estado Nacional y Otro s/ Amparo -Fallos: 327:4495 (2006)-.

¹⁰¹ A propósito del valor de las decisiones judiciales en el tiempo, Jackson remarca: & [*once a judicial opinion rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all times has validated the principle.*]

las causas y los efectos involucrados, un juez de la Constitución no puede dejar de pensar con la Constitución sobre el contenido de la Constitución. En consecuencia, Jackson no se limita a analizar el mérito militar de la decisión técnica del General de Witt -orden militar nro.37-. Eso es algo que le excede. Recuérdese que dicha orden entendía prudente y seguro ordenar el confinamiento obligatorio de los japoneses y descendientes de japoneses en campos de detención. El juez Jackson, en su condición de juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, por el contrario, correctamente decide perfilar un razonamiento impecable. ¿Qué dice?

Pues bien, el *Justice Jackson* afirma: [*... no me corresponde hacer un juicio militar sobre si el programa de evacuación y detención es razonable*]. Y advirtiendo las consecuencias que dicho fallo iba a tener, agudamente razona: “[*... una interpretación judicial que avale esta orden como compatible con el debido proceso, implica un golpe a la libertad mayor que la orden misma. Cualquier decisión militar sea o no sea inconstitucional no dura más que la emergencia que la motiva... Sin embargo, una opinión judicial que interprete que la Constitución admite esta orden, implica que el Tribunal ha convalidado para todos los tiempos el principio de la discriminación racial en el procedimiento criminal para los ciudadanos (Norte) americanos. El principio, de tal suerte, queda como un arma cargada, lista para ser usada por la autoridad cada vez que encuentre una razón plausible que acredite la necesidad urgente*”].¹⁰²

Por otro lado, más allá del análisis de un cuerpo sofisticado de doctrina judicial nacido desde los conflictos judiciales desatados durante el *New Deal*, resulta también relevante detenerse en otro caso particular. Un caso emblemático de la Corte Suprema de los Estados Unidos de mediados del Siglo XX, donde el pensamiento del Juez Jackson vuelve a tener singular protagonismo. Me refiero al famoso caso de las ‘acerías’. En efecto, en otra situación especial de emergencia acaecida durante la guerra de Corea, se desató un conflicto laboral con huelgas en la industria que sostenían el esfuerzo bélico del país. Tomando en cuenta la ruptura en el diálogo entre la patronal y los sindicatos -con la cual quedaba paralizaba la producción de equipamiento militar-, el presidente Harry Truman decidió intervenir directamente en el gerenciamiento de las acerías que por entonces suministraban la materia prima para sostener la provisión de materiales a las FFAA.¹⁰³

¹⁰² Ver disenso de Jackson, *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-,

¹⁰³ En alguna medida, en circunstancias de diversa naturaleza y sin que hubiere controversia judicial, los elementos normativos relevantes de este caso guardan semejanza con

Sin que hubiere habido una declaración formal de guerra -aunque constatada la situación como ‘emergencia’ en virtud de la Taft-Hartley Act-, en ‘Youngstown Sheet & Tube Co v Sawyer’, en un fallo dividido (5-4), la Corte Suprema de los EEUU termina convalidando la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva del Presidente Truman que decide la intervención directa del gobierno en la industria.¹⁰⁴ Es importante notar que la opinión y el voto mayoritario hecho por el Juez Hugo Black, de algún modo, han quedado soslayados por la claridad conceptual que exhiben los argumentos en concurrencia del voto del Juez Jackson. Abarcando el análisis normativo tanto de las competencias cuestionadas como de los derechos involucrados, en esta célebre opinión, Jackson desarrolla un estándar confiable de evaluación constitucional que permite de antemano discernir qué, cuándo y cómo -el presidente-, puede decidir medidas extraordinarias de ‘emergencia’.

Vale decir, su razonamiento viene a dar claridad a la pregunta sobre cuándo la ‘deferencia’ o la ‘auto-restricción’ de la Corte Suprema debe estar justificada en función de un esquema orgánico contingente de relaciones entre las tres ramas de gobierno. Y en mi opinión, esto me parece muy acertado. Es más, retomando la atinada observación de Gargarella –alineada con el segundo enunciado esencial en este texto-, esta referencia muestra cómo el correcto funcionamiento “la sala de máquinas” es la clave de bóveda para la adecuada vigilancia constitucional de los mecanismos institucionales de emergencia. De tal suerte, insisto, en vez de quedarnos a debatir sofisticadamente sobre ‘la asoleada cubierta de los derechos’, resulta más sensato reflexionar sobre cómo –en los sótanos del Poder-, todos los órganos superiores del Estado deben comportarse durante una ‘emergencia’. Es inteligente ajustar los mecanismos ‘inter-órganos’ que permiten definir cuál es la latitud y cómo son las condiciones correctas para el ejercicio legítimo del poder de policía en emergencia.¹⁰⁵

los presupuestos de racionalidad expresados en la decisión del PEN –DNU 260/2020 y la decisión del Ministerio de Salud de fecha 25/3/2020. Me refiero al decreto que estableció el ASPO y a la decisión que prácticamente ‘interviene’ la producción, la comercialización la distribución de los respiradores que las empresas Leisitung y Tecme producen en Córdoba.

¹⁰⁴ 343 U.S. 579 (1952)

¹⁰⁵ Ver GARGARELLA, Roberto, “*El Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas*”, en RIBERI, Pablo –Coordinador-, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, pp. 95-121, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, GARGARELLA, Roberto, “*Latin American Constitutionalism and the Engine Room*

En resumidas cuentas, por dos razones muy interesantes, este es un caso muy revelador. En primer lugar, porque reivindica el papel del Congreso como expresión más política y legítima de todos los poderes superiores del Estado. Y en segundo lugar, porque el *Justice* Robert Jackson nos propone un modelo tripartido de creciente rigurosidad en el celo interpretativo de parte de los jueces según sea la estirpe del caso en sus manos. El mismo se puede resumir del siguiente modo:

1. Zona de auto-restricción: opera cuando esté involucrada una facultad constitucional privativa del Poder Ejecutivo y existe además expresa autorización por parte del Congreso (el Poder más político y legítimo). En tal hipótesis, entonces, existe plena presunción de constitucionalidad. Y, por lo tanto, es justificable la máxima ‘deferencia’ posible de parte de los jueces.
2. Zona de penumbra: opera cuando esté involucrada alguna facultad explícita o tácita del Poder Ejecutivo pero no hay autorización expresa del congreso. En tal caso, la presunción de constitucionalidad es menor y por lo tanto debe mediar un ‘escrutinio intermedio’.
3. Zona de reticencia: opera cuando no se encuentren involucrados poderes privativos y ello sucede mientras existe una expresa o tácita negativa del Congreso a utilizar determinados poderes de emergencia. En esta alternativa, corresponde asumir una ‘presunción de inconstitucionalidad’, lo que trae consigo el ‘máximo rigor o estrictez’ en el escrutinio de parte de los jueces.

V. Reflexión final: “¿en caso de emergencia rompa el vidrio!”

En Argentina, la normalidad transita por fuera de la regla de derecho. En materia de emergencia, lo extraordinario; lo que no es normal -en otros órdenes constitucionales civilizados-, sin embargo, en el país suele asomar como lo habitual. Nos hemos habituado a lidiar con el temor, con el peligro, con el riesgo siempre al acecho. De tal suerte, el sistema de normas que fue pensado para relaciones civiles estables y previsibles, resulta habitualmente reemplazada por mecanismos de concentración de poder que operan por defecto de la normalización de las citadas emergencias.

of the Constitution”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp -97-115, Nomos-Facultas, 2014.

Para graficar este pensamiento me permito apelar a una metáfora utilizada en el exilio por Maquiavelo, en una carta escrita a Francesco Vettori, en agosto de 1513. Esta correspondencia es ilustrativa del poder de adaptación de las personas y cómo se naturaliza la convivencia con el peligro y lo imprevisible. Pues bien, ante las noticias y la descripción de la convulsionada realidad de su ciudad natal; ante la convulsionada realidad política de su ciudad natal, esta fue la reacción del florentino. Maquiavelo, en la mencionada misiva, confiesa su estado de ánimo apelando a una famosa fábula clásica. Y así, en la medida en que la lectura le permite ir familiarizándose con las sombrías noticias de su tierra, en su respuesta, le plantea metafóricamente a su amigo Vettori cuál ha sido el cuadro emocional que le fue embargando. Lo que hace es retratar cómo el pavor y la incertidumbre han ido dando paso a otras reacciones instintivas que preliminarmente pueden ser vistas como descabelladas y que luego pasan a estar naturalizadas. Y para hacerlo cuenta cómo fue el primer encuentro entre un León y el zorro según la fábula. En efecto, esta afirma que la primera vez que el zorro ve al León no pudo evitar quedar paralizado. Muerto de miedo. La segunda vez, en cambio, detrás de unos arbustos, con máximo sigilo -desde lejos-, el zorro se atreve a estudiar al feroz rey de la selva. La tercera vez, se les ve juntos, León y zorro enfrascados en amena conversación.¹⁰⁶

Pues bien, muchos argentinos –como el zorro de la fábula-, parecen haberse acostumbrado a convivir en constante riesgo y zozobra. Parecen resignarse a estar sometidos a un poder fuera de control. Parecen aceptar la tutela paternalista del poderoso. De algún modo, hemos racionalizado las emergencias transmutando su significado desde lo anormal hacia la normalidad de nuestras vidas cotidianas. Emergencias, políticas, sociales, económicas, financieras, presupuestarias, sanitarias, ambientales; en materia de seguridad, etc. Ahora bien, más allá de esta mirada descriptiva, aquí es importante notar algo impostergable. Sería conveniente atender con mayor detenimiento cuáles notas objetivas pueden ayudar a mejor explicar las razones que nos llevan a adaptar nuestras reglas de convivencia a los poderes de emergencia –y no a la inversa-. En particular, ¿cómo opera esta repetida cadena de desaciertos de gestión que repetidamente trae consigo una progresiva sobre-restricción de derechos y garantías constitucionales afectados?

¹⁰⁶ Este párrafo puede leerse en la carta de Maquiavelo a Francesco Vettori, de fecha 26 de agosto de 1513.

Creo que es posible identificar una característica bien plausible. Quiero decir, que existe un elemento muy importante que no puede soslayarse en el examen constitucional de la emergencia en el orden constitucional argentino. Dado el notable hiper-presidencialismo que caracteriza a la Argentina -y a varios países de la región-, sostengo que lo primero que hay que comprender es que en condiciones de normalidad ya resulta excesivamente abusivo el cúmulo de competencias concedidas al Poder Ejecutivo.¹⁰⁷ Y que, en emergencia, las mismas se convierten en poderes casi imperiales. Por ejemplo, dos prerrogativas que acreditan esta normalización de la irregularidad, claramente son las siguientes. Por un lado, el ejercicio descontrolado de los llamados decretos de necesidad y urgencia.¹⁰⁸ Y por el otro, la alteración y manejo discrecional del PEN del presupuesto.

Los mecanismos constitucionales de emergencia revelan dos intuiciones precisas. En primer lugar, la previsión del legislador constitucional de adaptar y dotar al aparato del Estado con herramientas extraordinarias durante tiempos difíciles. Por otro lado, la firme intención de querer preservar los valores, los principios y las reglas de la Constitución en el tiempo. Esta idea, es la que permite comprender la destacada dimensión normativa del concepto de ‘emergencia’ por oposición al concepto de ‘excepción’. En consecuencia, en aras del bienestar futuro de la comunidad, resulta razonable entonces que, durante épocas atrapadas por una emergencia, la potencia de las libertades civiles, pueda temporalmente encontrarse enervadas y/o abrumadas por nuevos límites y regulaciones. En países como la Argentina, sin embargo, los eventos extraordinarios que suelen desencadenar medidas de emergencia, necesitan ser objeto de algunas cautelas adicionales. ¿Por qué? Ello es así porque muchas de estas medidas, a menudo, suelen ser la causa de lo que reconocemos como “emergencias auto-infligidas”. ¿Qué quiere significarse con esto?

Pues bien, con ello se quiere dar cuenta de que, en el país, pareciera, solo la primera intuición del párrafo anterior es valorada mientras se desprecia a la segunda. En consecuencia, ello ha traído consigo una serie de

¹⁰⁷ En este sentido es muy interesante revisar los aportes crítico-comparados que conectan el hiper-presidencialismo de la región, con la copia del modelo Norteamericano de separación de poderes y la llamada “*pesadilla de Linz*”. ACKERMAN, Bruce, “*The New Separation of Powers*”, *Harvard Law Review*, Vol 113, No 3, pp 633-725, 2000.

¹⁰⁸ Por caso, repasemos el arsenal de decretos de necesidad y urgencia que han tenido lugar desde la recuperación democrática en el país. Alfonsín; Menem 545; De la Rúa 89; Duhalde 158; Néstor Kirchner 270 y Cristina Fernández de Kirchner 81; Macri 69. Alberto Fernández lleva más de 50 a la fecha y más de una docena de decretos delegados.

tribulaciones absurdas. Una crónica de hechos donde ya no se distingue dónde están las soluciones y donde comienzan los problemas. Porque el incremento de poderes a raíz de la emergencia suele ser el resultado de malas políticas públicas que provocan nuevas y más agudas emergencias, por las cuales el Poder Ejecutivo, luego, reclama mayores poderes de emergencia que, inauditamente, son reclamados para poder corregir sus propios desaciertos. Vale decir, el remedio parece ser peor que la enfermedad. Valiéndonos de una aguda expresión de Ernesto Garzón Valdés, entonces, sería conveniente comprender que una *catástrofe* como la actual pandemia puede terminar convirtiéndose en una *calamidad*.¹⁰⁹ Un uso correcto del lenguaje indica que las ‘catástrofes’ aluden a hechos de la naturaleza mientras que las ‘calamidades’, contrariamente, son producto exclusivo de la agencia humana.

De tal suerte, propongo algunas notas relevantes que, dentro de una mirada normativa sobre las emergencias, merecen atención. 1. Si bien es cierto que la mayoría de los sistemas constitucionales regulan la delegación circunstancial de competencias al Poder Ejecutivo, es pleno, sin embargo, que en ello siempre deben reportarse condiciones y/o mecanismos de control para dichas delegaciones. 2. Dado el hecho señalado precedentemente, es también un dato acreditado que la regulación constitucional de tales delegaciones nunca debe admitir que sea unilateralmente el mismo poder que ha de ver incrementado sus competencias, quien determine la oportunidad, la duración y la latitud de dicha delegación. 3. Finalmente que, si bien es cierto que puede haber protecciones especiales o mecanismos precisos de irresponsabilidad para funcionarios involucrados, de ello no se sigue que las emergencias puedan interpretarse como un pasaporte para que el Poder Ejecutivo tenga vía libre para menoscabar derechos cuando y como se le ocurra.

La emergencia, es pleno, no puede ser utilizada para impugnar o acabar con la misma Constitución que habilita tales potestades. Es un absurdo que la conclusión de un silogismo pueda volverse el mecanismo para acabar con las premisas que le sostienen. Me refiero a que toda emergencia, en las posibilidades deónticas que un texto constitucional pudiera ofrecerle al Poder Ejecutivo, en todos los casos, siempre debe suponer un rango (limitado) de nuevas competencias. Tal como bien lo ha hecho notar Schauer: “*La existencia de un intérprete con poderes restringidos es una consecuen-*

¹⁰⁹ Ver GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2009.

cia derivada de la misma idea de regla o de un sistema de reglas".¹¹⁰ Y esto es así, tanto para la normalidad, como para un tiempo de emergencia.

Subraya Charles Tilly, la construcción estatal republicana, en su historia, siempre se ha dedicado al control de la violencia.¹¹¹ Una perspectiva republicana, luego, se opondría tanto al unilateralismo presidencial como a las 'dictaduras transitorias' al estilo de los romanos. Ni siquiera en esta pandemia global -o cuando la seguridad nacional estuviera en juego-, resulta admisible recurrir a este tipo de enajenación. Una mirada republicana, por otro lado, no podría nunca resignar prácticas virtuosas de deliberación, legislación y gobierno. Sea dentro como fuera del Estado, tampoco consentiría la existencia o continuidad de condiciones de impunidad o privilegio. El punto que merece especial atención, en pocas palabras, es que tanto en la normalidad como en tiempos de emergencia, las instituciones y los remedios constitucionales nunca pueden implementarse sobre modos auto-cráticos ni sobre una economía irrevisable de sacrificios.

Si esto es bien comprendido, es pleno que aun en emergencia, los jueces deben siempre intervenir en los conflictos donde pudieran verse lesiones o amenazas a derechos de las personas. Por otro lado, es importante notar que los fundamentos político-deliberativos que necesitan la Constitución y los derechos constitucionales para su legítima vigencia son elementos que plenamente conforman los supuestos operacionales que propone el llamado 'departamentalismo'.¹¹² Y si esto es interpretado correctamente, es plausible entonces también que ninguna rama del Poder pueda pensarse desorbitada de la estructura orgánica de funciones, equilibrios y contrapesos que alguna vez fueron diseñados tanto para la normalidad como para la emergencia. Vale decir, siempre, en toda hipótesis, el centro debe estar contenido en el interior de la figura.¹¹³

¹¹⁰ Ver SCHAUER, Frederick, *Las Reglas en Juego*, p.293, Marcial Pons, Madrid, 2004

¹¹¹ Charles Tilly, *Las Revoluciones Europeas 1492-1992*, Editorial Crítica, Barcelona, 2000.

¹¹² Cfr. RIBERI, Pablo, Cfr. "*Qué (no) son los Derechos Constitucionales*", en AAVV -obra dirigida por RIVERA Julio, GROSMAN, Lucas, ELÍAS, Sebastián y LEGARRÉ, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional -Tomo I-*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2014.

¹¹³ Durante la posguerra, este ha sido también la notable preocupación de Pietro Calamandrei -uno de los padres fundadores de la Constitución Italiana- quien, como rasgo positivo, se jactaba que la nueva Constitución italiana, tenía la incapacidad para ver de cerca. Se jactaba de la importancia de una presbicia constitucional. Cfr. Su interven-

Desde un punto de vista republicano –afín al ‘departamentalismo’ y al constitucionalismo político-, la ‘auto-restricción judicial’, por otro lado, parece ser la alternativa interpretativa más razonable y adecuada. Esto es, los jueces debieran solo arriesgar intervenciones apenas ‘minimalistas’.¹¹⁴ Por otro lado, teniendo en cuenta el modelo ‘dual’ que tiene nuestro sistema constitucional –montado sobre la rigidez y la existencia de una carta de derechos-, está claro, que aun en emergencia, el Congreso tampoco está autorizado a obliterar o ‘sobre-regular’ los derechos establecidos en la Constitución hasta vaciarlos de contenido.

Finalmente, coronando el juego equilibrios que nuestro diseño constitucional ha establecido, es evidente que el Poder Ejecutivo en ningún caso puede ejercer funciones judiciales (art.109 CN). Muy excepcionalmente, de acuerdo a las restrictivas condiciones formales y sustanciales establecidas en el art. 99 inc.3 CN, el presidente puede empero estar autorizado a dictar decretos de necesidad de urgencia. Demás está decir que, para su validez, tales decretos debieran sortear el control parlamentario en unas condiciones que debieran ser harto más exigentes que las que actualmente regula la ley reglamentaria 26.122. Y, asimismo, cabe notar que, en el caso concreto, frente a un potencial agravio, la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia puede recibir naturalmente también un examen de constitucionalidad/convencionalidad de parte de los jueces.¹¹⁵

Conforme fuera subrayado, para resistir los excesos y peligros suscitados durante una emergencia, el diseño constitucional es una pieza esencial. Hay que inspeccionar el funcionamiento de nuestra ‘sala de máquinas’. Y en esta inteligencia, es fundamental restituir el papel protagónico del Congreso de la Nación. En términos republicanos, en términos de análisis comparado o *lege-ferenda*, me parece sensata la ya descripta solución ‘procedimental’ establecida por el art. 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica. Desde un punto de vista del constitucionalismo político, además, es necesario saber que cuando los desórdenes políticos, económicos o sociales desencadenan la declaración de una emergencia, la gente común nunca debe encontrarse situada como ‘invitados’ a un drama constitucional don-

ción en la asamblea constituyente el día 4 de marzo de 1947. Cita referida por Bobbio en: BOBBIO, N. -ed-, *Scritti e Discorsi Politici II*, Firenze, 1966.

¹¹⁴ SUNSTEIN, Cass, *One Case at a Time –judicial minimalism in the Supreme Court-*, Harvard University Press, 2001.

¹¹⁵ A propósito de ello, es relevante revisar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verrocchi c. PEN” (Fallos: 322-1726).

de, el futuro colectivo –entre otras cosas-, va a ser decidido por un libretista ajeno a la trama en desarrollo.

Finalmente, propongo una observación imprescindible: si el concepto de ‘emergencia’ se encuentra inscripto dentro de una identidad normativa cuyos rasgos ideológicos se perciben como democráticos y republicanos; si ello es así, entonces, hay aquí algo inevitable que es necesario dejar bien en claro. Es esencial saber que la protección de los derechos constitucionales –en todo momento: dentro o fuera de la emergencia-, debe siempre estar fraguada en condiciones de libertad positiva; debe necesariamente subordinarse al imperio de la Ley y debe inexorablemente respetar el principio de ‘no-dominación’. Porque temiendo la furia de cualquier Leviatán, si así no fuere, no nos quedaría más remedio que apostar al ingenuo optimismo que insinúa Hobbes en *De Cive*. Con reverente laconismo, regaña este autor (que): “...[por cuando quien tenga fuerza suficiente para proteger a todos, (esperemos) ... no tenga el deseo de oprimirlos a todos”.¹¹⁶

¹¹⁶ HOBBS, Thomas, *On the Citizen*, p. 145, Cambridge University Press, 2014.