

La Covid-19 y los límites del Estado de Emergencia *

Juan Carlos Cassagne **
Argentina, abril del 2020

1. La emergencia y el derecho de cara a la pandemia

En algunas ocasiones excepcionales y extraordinarias de la vida en sociedad los hechos hablan por sí mismos (*res ipsa loquitur*) y el derecho no exige otra demostración que esa realidad para acreditar su ocurrencia y justificar decisiones apropiadas en situaciones de peligro social que no pueden superarse con la legislación ordinaria.

En efecto, la extensión de la emergencia económica y social a la emergencia sanitaria, con motivo de la aparición de los primeros signos de contagio de la enfermedad Covid-19, causada por una especie de coronavirus originado en China, se justifica por sí misma pues plantea la imperiosa necesidad de adoptar, de manera rápida y urgente, las medidas que demanda la preservación de la vida y salud de los ciudadanos.

En ese sentido, casi todas las ideologías y gobiernos del mundo han compartido, finalmente, la decisión de imponer el aislamiento social obligatorio en la creencia de que es el medio más adecuado para combatir la pandemia.

Si bien se trata de una medida justificada que, conforme a las encuestas de opinión, ha alcanzado un suficiente grado de legitimidad en la población y en las distintas fuerzas políticas, es evidente que, fuera de los beneficios sanitarios a los habitantes, está produciendo y producirá efectos devastadores en la economía de los países.

*Artículo publicado en *Abogados.com.ar* el 21 de abril de 2020. Disponible en: <https://abogados.com.ar/la-covid-19-y-los-limites-del-estado-de-emergencia/25693>

** Miembro de la Academia de Derecho de Buenos Aires y de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER).

Hay pues una doble batalla que dar en campos totalmente diferentes que exige articular en la forma más equilibrada posible los requerimientos de la salud pública con la economía que también repercute sobre la vida humana. Entre ese dilema que a diario deben resolver los gobiernos se encuentra nada menos que el derecho con la misión de garantizar las libertades y los derechos fundamentales del hombre y de evitar las arbitrariedades de los poderes públicos.

El Estado de Emergencia y el Estado de Necesidad son como dos caras de la misma moneda, ya que ambos suponen una situación de peligro extremo que amerita el desplazamiento de la legislación ordinaria y la consecuente adopción de medidas excepcionales para compensar y paliar los efectos de una situación que amenaza gravemente a toda la sociedad. Por esa razón, nuestra Corte Suprema dijo, en uno de sus fallos, que la emergencia produce el estado de necesidad.

Desde luego que al hablar de Estado de Necesidad nos referimos a una situación de peligro que se perfila en el derecho público con el fin de justificar las excepciones a la legalidad ordinaria y establecer un ordenamiento singular para regular la emergencia, es decir, que se trata de una institución ajena al derecho privado y que, por lo tanto, no puede regirse por sus normas específicas, con la salvedad de la aplicación analógica si hubiera carencias en el ordenamiento público de excepción.

Tampoco, parece adecuado acudir sin más e in totum al bagaje de principios y criterios jurisprudenciales que se aplicaron en los sucesivos estados de emergencia económica dispuestos en el pasado, pues en una situación ultra excepcional como la que nos toca vivir mientras unos derechos solo se comprimen o restringen hay otros que se pierden y nunca vamos a recuperar ni ser compensados de su pérdida por parte del Estado. Piénsese nada más que en los derechos a circular libremente, a salir de vacaciones, ir al cine, al teatro o simplemente a un restaurante.

Ni tampoco podrá ser compensada la carga que significa no poder trabajar ni ejercer industria o comercio fuera de los domicilios que habitamos.

La paradoja es que esas cargas públicas negativas se imponen fundamentalmente en beneficio colectivo afectando profesiones y oficios independientes que dependen del trabajo externo para su subsistencia (por ejemplo, médicos, odontólogos, arquitectos, oftalmólogos, peluqueros, jardineros, etc.)

Si la dignidad de la persona es el centro de todos los derechos, constituye un deber de Estado auxiliar económicamente a esos sectores de la población para que puedan sobrevivir cuando se supere la crisis.

Con todo, el derecho no muere ni se esfuma y debe mantenerse aún en las peores situaciones de la vida. Porque el Estado de Emergencia no es solo la emergencia o causa que lo justifica (la situación de peligro social) sino el conjunto de reglas y principios jurídicos aplicables a la crisis que exige que las medidas de excepción que adopte el gobierno encuadren en el Estado de Derecho y en sus principios cardinales.

2. Los límites al Estado de Emergencia

El instrumento que canaliza el ejercicio de las potestades públicas durante una situación de emergencia súbita o que demanda una resolución impostergable es el reglamento de necesidad y urgencia (DNU), cuyo dictado se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones que determinan su validez constitucional.

Repudiados, desde hace años, por la mayoría de los constitucionalistas su validez constitucional era defendida casi por la unanimidad de los cultores del derecho administrativo. En realidad, no obstante, los excesos en que incurrieron sucesivos gobiernos, para legislar a espaldas del Congreso, no se puede desconocer la utilidad de esta figura para resolver situaciones de peligro o riesgo económico, como fue la creación de una nueva moneda bajo el gobierno de Alfonsín. Finalmente, triunfó la prédica de los administrativistas y la figura, con sus más y con sus menos, se incorporó a la Constitución en la reforma de 1994.

Su utilización por el Presidente de la República requiere la configuración simultánea de dos conceptos jurídicos indeterminados como son la necesidad de su dictado y las razones de urgencia que demuestren la imposibilidad "de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes". (C.N. art. 99 inciso 3, párrafo 3°).

En las actuales circunstancias, el dictado de los DNU por el Presidente se encuentran justificados ya que, como hemos dicho, la necesidad habla por sí misma y no se puede aguardar en un escenario dinámico e incierto, se cumpla con el procedimiento complejo y más lento que todas las democracias han establecido para la deliberación y sanción legislativa. Sin embargo, es imprescindible que, a posteriori, sea debatida la subsistencia o rechazo del DNU por parte de ambas Cámaras del Congreso.

A su vez, existen otras exigencias objetivas que enmarcan la validez y subsistencia de los DNU. La primera pertenece a la dogmática constitucional y se refiere a su contenido material en cuanto la Constitución le prohíbe abarcar materias penales, tributarias, electorales o concernientes al régimen de los partidos políticos (el citado art. 99 inciso 3 párrafo 3° de la C.N.)

Este precepto constitucional prescribe, además, dos requisitos adicionales: a) que el DNU se emita en Acuerdo general de Ministros, quienes deberán refrendarlo conjuntamente con el Jefe de Gabinete, y; b) que dentro del plazo de diez (10) días se someta a la Comisión Bilateral Permanente, cuyo dictamen debe girarse en plazo perentorio al plenario de ambas Cámaras del Congreso para su aprobación o rechazo.

En el ínterin, el DNU conserva su vigencia hasta tanto el propio Poder Ejecutivo disponga el cese del Estado de necesidad o el Congreso, por decisión de ambas Cámaras lo rechace en forma expresa.

Al respecto, se impone interpretar que para el rechazo del DNU debe concurrir la voluntad de ambas Cámaras del Congreso no bastando la decisión de una de ellas dado que la Constitución es muy clara en el sentido de que exige que lo consideren ambas Cámaras (art. 99 inciso 3, párrafo 3° C.N.) y subordina "el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" a la ley especial que se dicte. Y, precisamente, el artículo 17 de la Ley 26.122 prescribe que los DNU mantendrán su vigencia hasta tanto sean derogados expresamente por otra ley conforme lo disponía el artículo 2 del Código Civil entonces vigente, al que hace referencia el citado artículo 17 de la Ley 26.122.

Por supuesto que es bueno para la separación de los poderes que el Congreso tome conocimiento, debata y decida acerca de la vigencia y validez e los DNU para ejercer el control y la legitimidad democrática que le atribuye y encomienda la Constitución, pero la seguridad jurídica demanda que no caiga la vigencia de un DNU por el silencio de los legisladores.

Ahora bien, una cuestión sustancial para el Estado de Derecho es la que concierne al contenido material de los DNU y de las decisiones estatales dictadas a su amparo a fin de prevenir, con un marco jurídico garantístico, que se comentan excesos de poder o arbitrariedades, aún dentro dle ejercicio de potestades discrecionales.

Cuando la Constitución menciona como fin del Estado en su Preámbulo el de afianzar la justicia está determinando un mandato que, al ser imperativo, origina el deber del Estado de respetar los principios que conforman la justicia, en todas sus dimensiones.

De ese modo, el gobierno de turno está obligado a respetar los principios generales del derecho, en particular los que surgen de un bloque de principios que tutelan los derechos fundamentales de las personas, lo que poseen una jerarquía superior a las leyes, máxime cuando están reconocidos en la propia Constitución y en los tratados incorporados a ella.

Ese bloque de legimitidad constitucional que deben preservar y resguardar los DNU se integra, entre otros, por los principios pro homine, buena fe, confianza legítima, competencia, interdicción de arbitrariedad y el de razonabilidad de los actos estatales, comprensivo de la proporcionalidad.

En la observancia de estos principios se encuentra el principal freno al desborde autoritario y a la arbitrariedad de los gobernantes y en ellos radica el núcleo duro de la legitimidad constitucional y del control que hagan los jueces para evitar que se desnaturalice el Estado de Derecho. En suma, cuando sopla el viento de la emergencia constitucional hay que procurar por todos los medios posibles hacer que el Estado cumpla con la función de garantizar los derechos fundamentales de las personas y realizar la justicia en sus diferentes especies y dimensiones.