

Título: **Pandemia anticonstitucional**

Autor: **Barry, Luis D.**

Publicado en: **La Ley Online;**

Cita Online: **AR/DOC/1638/2020**

Sumario: I. Un Congreso autoamordazado.— II. Un Poder Judicial vetusto y dormido.— III. Conclusión: De nosotros depende.

Escribo estas líneas y reflexiones en momentos donde la pandemia del Coronavirus se está llevando numerosas vidas y afectando a millones de personas, arrasando nuestras realidades de forma dolorosa, forzada e inimaginada.

En estos momentos estamos todavía en el medio del Tsunami. La primera ola no pasó, no sabemos qué va a dejar, y tampoco sabemos a ciencia cierta que dejarán las que vienen.

En lo legal también asistimos a una propagación algo virulenta y parece que también de igual modo contagiosa de normas que no respetan nuestro sistema constitucional (1).

Sin desdeñar las virtudes que arroja la cuarentena y muchas medidas con buenas intenciones dictadas al amparo de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y en opinión de respetados epidemiólogos, no puedo dejar de señalar la gravedad legal que en muchas de ellas impera, así como el efecto negativo para nuestras instituciones y libertades que generan.

Asistimos impávidos a limitaciones de todo tipo, dictadas por decretos, resoluciones y normas menores, nacionales, provinciales o municipales. Con un Congreso auto cerrado, un poder judicial paralizado y un poder ejecutivo desbordante de normatividad y regulación.

Un poder ejecutivo que nos asegura que nos va a cuidar y que va a llegar a todos, cuando sabemos que no lo puede hacer, no lo ha hecho (2) y tampoco es su función constitucional.

Me propongo en estas líneas resaltar que la pandemia también se la derrota respetando la Constitución. De otro modo, a los problemas de salud y económicos que trae el Coronavirus y su combate, se suma la destrucción de la institucionalidad y de la República.

#### I. Un Congreso autoamordazado

A contramano de lo que ocurre en otros países (3), los máximos referentes del Poder Legislativo se autoimpusieron una cuarentena política y laboral.

En definitiva, un Congreso que no responde a su mandato popular, ni constitucional.

Ese mismo Congreso que lo único que ha hecho hasta estos días es darle un monto millonario a sus miembros para que lo dispongan pródigamente (4).

Es evidente que ese Congreso es indiferente a la enorme crisis; al tiempo que se ciega al hecho de que mucha gente con responsabilidad consciente asume la cuarentena, se guarda, y pone en riesgo su sustento y el de su familia y comunidad.

Es también evidente que no lo sabe porque, no solo dispone de lo ajeno (las arcas del estado) según su conveniencia y contrariando su función constitucional, sino que le ha dado un "aumento especial" a ciertos empleados por solo cumplir con su labor (5).

Frente a ese Congreso tan alejado de la realidad mueren quienes sí le ponen el cuerpo a esta crisis, el único que tienen (vale la pena recordarlo), como los trabajadores de la salud, policías, trabajadores de actividades esenciales, etc. que salen a la calle todos los días, se enferman, mueren y, por supuesto, no reciben aumentos de sueldo.

La ciudadanía sí los reconoce y los aplaude, como único y gran tributo con que los homenaja a diario. Espero que algún día podamos rendir un merecido reconocimiento a tantos héroes anónimos con un debido homenaje social que eternice el valor y entrega de tantos.

Al quedar en evidencia la elusión, el Senado intentó llevar a la Corte su creado dilema, recibiendo por respuesta la doctrina histórica en la materia (6): "En efecto, esta Corte explicó que auto restringir su revisión sobre las decisiones privativas de otros Poderes evita un avance de su poder en desmedro de los demás, preserva la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes, aparece como una exigencia de la regla más elemental de nuestro derecho público por la 'que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere', y evita 'la imposición de un criterio político sobre otro' (caso 'Cullen', CS, Fallos: 53:420 y caso 'Zaratiegui', CS, Fallos: 311:2580 respectivamente, criterio mantenido en los casos 'Prodelco', CS, Fallos: 321:1252 y

'Verbitsky', CS, Fallos: 328:1146, entre muchos otros)".

Pero también le recordó que "desde el punto de vista constitucional que debe 'guiar los pasos de este Tribunal, no pueden haber dudas entonces de que la continuidad de la tarea de legislar del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina. Aun en los episodios más difíciles de la construcción de las instituciones de nuestro país se procuró asegurar su funcionamiento... Que, en este contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal".

Espero que cuando finalmente ese Congreso sesione, no incurra en una renovación de gastos y pagos especiales por sesionar en medio de una pandemia, y se centre en limitar los atropellos constitucionales.

También espero que lo haga para ponerse al hombro la crisis y velar por la salud de los argentinos, en respeto de la manda constitucional.

Por el contrario, hago votos para que no tengan razón los que sostienen que sólo convalidará lo que el poder de turno imponga y sancionará más impuestos, con el justificativo resabido de "los que más tienen, deben poner el hombro", no cree juntas nacionales de granos, así como tampoco monopolios en la compraventa de gas. Medidas que han fracasado una y mil veces, dado que sabemos y no podemos ignorar que solo se mata la producción, la inversión y el desarrollo para seguir financiando el despilfarro, la desidia y el incontenible gasto público que ahora cuenta con un innegable justificativo: una pandemia.

Sinceramente desearía que el Poder Legislativo asuma su función constitucional en esta crisis, muestre la madurez suficiente para encarar esta pandemia, trabaje con los otros poderes, pero siempre dentro del marco constitucional e inspirados en los más nobles objetivos, dejando de ser espectadores en las sombras, para transformarse en protagonistas, conforme lo impone nuestro sistema constitucional y el mandato popular recibido en las urnas.

## II. Un Poder Judicial vetusto y dormido

El otro poder del Estado, el Judicial, que tiene por enorme función velar por el fiel cumplimiento de la Constitución, duerme. Nunca logró aggiornarse con un sistema ágil y propio de este siglo, sino que mantiene el sistema de dos siglos atrás y, por consiguiente, ahora no puede funcionar.

Esa falta de funcionamiento, contradictoriamente me trae a la memoria los elogiosos términos con que Segundo Linares Quintana nos enseñaba el importante papel de la justicia en una democracia, como garantía de la república, y particularmente de las libertades que la Constitución consagra. Me lo imagino mojando con su emoción esas gloriosas páginas de nuestra doctrina, contagiando a quienes las leíamos ese mismo entusiasmo, ese mismo ideal que se logró tras años de lucha de muchos hombres que murieron y se entregaron para que nuestra Constitución contenga unas decenas de derechos y libertades irrenunciables.

El espíritu de Joaquín V. González había penetrado profundamente en su razón y acción. Sobre todo, aquella confesión del "Místico de la Constitución" que engrandecía de este modo "Si por alguna razón me creo identificado con la ciencia de la jurisprudencia, es por haber llegado a ella por la senda de la emoción, hasta la contemplación de la belleza inmanente en todo concepto de justicia. En las definiciones clásicas y modernas de esta palabra eterna se presiente como un vago perfume, al recordar que un átomo de esa sustancia, ya denominada eto, unidad orgánico-espiritual de ética y estética, entra en la composición del concepto de justicia" (7).

Resuenan con fuerza los conceptos de Joaquín V. González, tan actuales que me veo obligado a refrendar aquí cuando sostenía que "La Constitución ha reunido en su art. 18 todas las materias que sirven de fundamento a la ley penal y a los procedimientos en caso de acusación contra cualquier persona. Tienden todos estos a garantizar la vida, la libertad y la propiedad contra la arbitrariedad y crueldad de los jueces y de los legisladores, asegurando a toda persona el ser juzgado según leyes justas y jueces creados por ellas. Igualmente ha querido la Constitución poner en manos del hombre mismo los medios para su defensa contra los abusos de la autoridad, que puede degenerar en despótica, ya por parte del ejecutivo, ya del legislativo y aun del judicial. La Historia ha hecho ver que todas las preocupaciones en defensa de la libertad son convenientes: porque lo que puede ocurrir bajo la sola voluntad del Rey en una Monarquía, puede también suceder bajo la presión de una mayoría excitada y apasionada en algunas épocas de la Historia, en una República. Y cuando recorremos la de la nuestra, recordando los períodos tristísimos de la desorganización nacional, en que legislaturas y jueces hubo que perdieron toda idea de la ley y de la justicia para obedecer o complacer a un tirano o a un jefe militar, debemos, bendecir la obra de los constituyentes que pusieron límites precisos a los poderes del Gobierno" (8).

Es que, en sus palabras, ningún pueblo de la tierra ha gozado de libertad mientras no ha tenido asegurada su

justicia.

Amplía lo que ya debería ser obvio para quienes hemos vivido varias décadas en nuestro país, convencido de que el Gobierno constitucional no puede funcionar válidamente sin una administración de justicia independiente y eficaz, "el Gobierno que corrompe la justicia inclinándola siempre a su favor, se convierte en despotismo y se expone a caer decapitado por su propia cuchilla cuando la ola revolucionaria ha derribado su trono... nuestra forma de gobierno republicano quedaría destruida toda vez que un magistrado cediera su criterio legal a las insinuaciones interesadas de los gobernantes y de los partidos, porque siendo el Poder judicial quien dicta la última interpretación de la ley, es por ese hecho la última defensa del que cuestiona su derecho o defiende su propiedad o su vida"<sup>(9)</sup>.

Quiero imaginarme que los jueces que instaron al Congreso a funcionar y recordaron su alta función democrática también no trepiden en autoimponerse la misma vara.

Pero ¿Para qué tiene que funcionar la justicia? se preguntarán quienes no han sido tocados por el entusiasmo de los primeros redactores de la Constitución.

En primer lugar, debe funcionar para dar réplica de justicia a los millones de ciudadanos que esperan una respuesta a sus reclamos de toda índole, acostumbrados ya a una lentitud exasperante.

No voy a aceptar que esa lentitud haya teñido de innecesaria a la tan esperada justicia.

Pero si eso no fuera suficiente, debe funcionar para que el poder ejecutivo navegue las difíciles aguas de la pandemia dentro de los límites de la constitucionalidad.

Debe impedir que normas confiscatorias en blanco <sup>(10)</sup> [como la suspendida <sup>(11)</sup> Ley de Abastecimiento] vuelvan a la luz.

Debe velar porque se cumpla una cuarentena dentro del marco de la legalidad que impone nuestro sistema y no bajo esta frenética fiesta de normas nacionales, provinciales y municipales que contienen las más inimaginables prohibiciones y regulaciones.

También debe impedir que los corruptos, que ni una pandemia conmueve, silencia o aquieta, permitan que los oportunistas de turno le vendan al estado con sobre precios alimentos, ambulancias, elementos esenciales, entre muchas otras cosas.

De igual modo debe velar para que los cegados por la ideología no aprovechen estos tiempos para imponer su pensamiento atropellando los derechos de propiedad y libre ejercicio de industria lícita. Como por ejemplo lo que ocurre con la industria aerocomercial donde quienes abrazan ahora la bandera pretenden provocar que la Aerolínea más ineficiente y costosa se quede íntegramente con la actividad aerocomercial, eliminando todo vestigio de actividad privada <sup>(12)</sup>. En lugar de aliviar a las low cost y demás aerolíneas que están sufriendo una crisis sin precedentes porque no pueden volar, la política actual es enterrarlas más destruyendo compromisos, dando pasos para atrás en los avances de conectividad y acceso que se lograron en los últimos años.

La justicia debe actuar y debe actuar rápido. Es que el Poder Judicial debe velar por el fiel cumplimiento de la Constitución e impedir atropellos, corrupción y destrucción de derechos y libertades individuales.

También espero que rápidamente equilibre la balanza frente a la liberación de miles de presos que hoy se pasean ufanos en los escenarios de sus crímenes, mostrándose alevosa y paradójicamente cercanos a sus víctimas, ya sea de robo, asesinato o violación. Se pretende proteger a los presos por un supuesto noble motivo, porque claramente las cárceles no son sanas y limpias <sup>(13)</sup>, pero desprotegemos a la sociedad toda, destruyendo nuestro Código Penal y andamiaje legal.

Frente a ello la ciudadanía respondió con cacerolas y los políticos responsables con esquivos y elusiones.

Detrás de esto se mueve también una importante dosis de ideología que pretende que los delincuentes no vayan a la cárcel. Pues bien, logren que se dicten las normas en tal sentido conforme a nuestro régimen democrático y no lo impongan judicialmente.

También se esconde una cierta dosis de sensibilidad pueril. A aquellos que quieran liberar a los presos por la sensibilidad que la situación actual les provoca, les sugiero que se ofrezcan para recibirlos en sus casas, que los cuiden, los peinen y alimenten, y los sienten en sus mesas con sus hijos y familia. En la calle no deben estar, y menos cerca de sus víctimas.

En estas líneas también le pido a la justicia un momento de reflexión. Si bien nuestro régimen constitucional no distingue entre el derecho de emergencia y el derecho de no emergencia, desde la década del 30 del siglo pasado han proliferado casos que constituyen uno a uno un avance más en ese sentido. Así vemos que se han ido dictando fallos tales como "Hileret y Rodríguez c. Pcia. de Tucumán"<sup>(14)</sup>, "Avico c. De La Pesa"<sup>(15)</sup>,

"Ercolano c. Lanteri de Renshaw"<sup>(16)</sup>, "Pedro Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes"<sup>(17)</sup>, "Cine Callao"<sup>(18)</sup>, "Peralta"<sup>(19)</sup>, "Video Club Dreams"<sup>(20)</sup>, "Verrocchi"<sup>(21)</sup>, "Guida"<sup>(22)</sup>, "Smith"<sup>(23)</sup>, entre muchos otros.

En esos fallos, con sus más y sus menos, se ha ido construyendo la idea del derecho de emergencia, culminando con un andamiaje jurídico que sirve de base y justificativo al accionar del estado ante cualquier crisis. Y convengamos que en Argentina si hay algo que sobran son las crisis.

En esos fallos, y tras mucha tinta y cúmulo de argucias, se llegó a convalidar que el Estado se quede con los ahorros de los ciudadanos para paliar la inoperancia y derroche de gasto público. En otras palabras, algunos de esos fallos convalidan la confiscación por la emergencia.

Se sostiene que la legalidad constitucional es un estado de normalidad <sup>(24)</sup>, frente al derecho de emergencia que es un estado excepcional.

En rigor, no existe el derecho de emergencia. No tenemos una Constitución con una serie de derechos y libertades consagradas para tiempo de "normalidad" y otra que borra esos derechos y libertades para momentos de emergencia.

La Constitución es una sola. Sus derechos y libertades, así como las limitaciones que establece al poder ejecutivo son para toda clase de tiempo, y particularmente los de emergencia donde se debe velar, proteger y respetar en su máxima expresión al ciudadano.

En sentido gravemente contrario, en el caso "Peralta"<sup>(25)</sup> la Corte Suprema de Justicia sostuvo que "el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional".

Esto es, según la Corte las circunstancias excepcionales que conllevan a que peligre la organización jurídica y política o el normal desenvolvimiento de los poderes del estado autorizan a restringir el ejercicio normal de algunos derechos "tutelados por la Constitución Nacional".

Ello significa que la Corte por un lado reconoce la existencia de ciertos derechos constitucionales y entiende que ceden ante lo extraordinario. En otras palabras, la Corte nos dice que esas especiales circunstancias autorizan a "borrar" los derechos que la Constitución ampara y que la propia Corte declama como existente.

¿Cuál es el justificativo legal que habilita a modificar, borrar o eliminar la Constitución? Ciertamente ninguno, más que un cúmulo voluminoso de argucias.

En lo que respecta a las facultades del Poder Ejecutivo ante una emergencia, ya sea de tipo política o pública, se encuentran reguladas en la Constitución en los arts. 23 <sup>(26)</sup> y 99, inc. 3° <sup>(27)</sup> y cons. El primero regula el estado de sitio que, conforme el art. 61 <sup>(28)</sup> solo puede ser dictado con la autorización del Senado, y en la medida que se presente un caso de conmoción interior o de ataque exterior. El segundo regula el dictado de decretos de necesidad y urgencias que pueden ser emitidos "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" y en la medida que no se trate de materia "penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos".

Aquí no se ha dictado estado de sitio, y el silente Senado no lo ha autorizado.

Sí se han dictado Decretos de Necesidad y Urgencia, pero esos decretos no pueden ser sobre materia prohibida y tampoco habilitar su dictado significa que se viole el régimen constitucional.

Por ejemplo, el decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 que impone el aislamiento social, preventivo y obligatorio ¿Crea un tipo penal nuevo? ¿Anticipa su sanción en el art. 4°? <sup>(29)</sup>.

Ante ello, me pregunto ¿Convalidará la Corte, si se presenta un caso, las facultades del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia sobre las materias expresamente prohibidas por la Constitución? ¿Invocará una vez más el derecho de emergencia?

Espero que las reflexiones aquí contenidas sirvan para desterrar toda regulación de emergencia que no sea bajo el amparo de nuestra Constitución.

III. Conclusión: De nosotros depende

Sirvan estas líneas, y a modo de conclusión, como un llamado a respetar la Constitución.

La emergencia no resulta motivación para invalidarla, no cumplirla o auto limitar la actividad de los poderes de la nación.

Es sostenido por muchos que la cuarentena nos hará amanecer en un mundo distinto. Está en nosotros que ese mundo sea mejor.

(1) Asistimos a toda clase de regulaciones por Decretos de Necesidad y Urgencia, resurgimiento de la confiscación en blanco que otorga la aún suspendida Ley 20.680 de Abastecimiento, así como una proliferación de medidas restrictivas de la circulación de diverso orden:  
<https://www.cronista.com/economiapolitica/Ya-son-ocho-las-provincias-que-cerraron-sus-fronteras-20200318-0085.html>;  
[https://www.clarin.com/zonales/coronavirus-cuarentena-municipios-gba-decidieron-cerrar-fronteras-\\_0\\_MssJISaX—.html](https://www.clarin.com/zonales/coronavirus-cuarentena-municipios-gba-decidieron-cerrar-fronteras-_0_MssJISaX—.html).

(2) Baste nomás como muestra la pobreza sostenida con que se encuentra la Argentina, la deficiente educación, la dejadez del sistema de salud y la inseguridad que nos asola, como nimia muestra de su incapacidad.

(3) <https://www.lanacion.com.ar/politica/los-parlamentos-del-mundo-claves-en-la-crisis-nid2358322>.

(4)

<https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-diputado-podra-usar-100-000-pesos-subsidios-ayudar-entidades-sanitarias-s>

(5)

<https://www.lanacion.com.ar/politica/cristina-kirchner-sergio-massa-otorgaron-aumento-especial-nid2360770>.

(6) CSJ 353/2020.

(7) "Obras Completas", XXX, 248.

(8) "Manual de la Constitución argentina", § 179.

(9) "Obras Completas", II, 422/3.

(10) Podríamos decir que es más que una ley de confiscatoria en blanco, porque el Estado no se queda con la empresa. El estado impone retrotraer precios, fija precios máximos, y también impone que se fabrique a la máxima capacidad, tal como lo impone la res. 100/2020 de la Secretaría de Comercio, pero no se hace cargo de los sueldos, cargas sociales, impuestos, compromisos financieros, costos de insumos, etc. Todo eso sigue siendo responsabilidad del fabricante.

(11) <https://abogados.com.ar/sigue-suspendida-la-ley-de-abastecimiento/24184>.

(12)

<https://www.lanacion.com.ar/editoriales/>

[el-transporte-aereo-en-riesgo-de-monopolizacion-estatal-nid2361943](https://www.lanacion.com.ar/economia/eurnekian-pidio-se-cierre-el-palomar-peligra-nid2361943).

<https://www.lanacion.com.ar/economia/eurnekian-pidio-se-cierre-el-palomar-peligra-nid2357508>

<https://www.cronista.com/apertura-negocio/empresas/>

[Sacudon-para-las-low-cost-AA2000-pidio-el-cierre-definitivo-de-El-Palomar--20200423-0009.htm](https://www.cronista.com/apertura-negocio/empresas/Sacudon-para-las-low-cost-AA2000-pidio-el-cierre-definitivo-de-El-Palomar--20200423-0009.htm)

<https://www.iprofesional.com/negocios/314270-latam-en-crisis-dejara-de-ofrecer-vuelos-en-argentina>.

(13) Conforme lo ordena el art. 18 de la CN.

(14) Fallos 98:20.

(15) AR/JUR/3/1934.

(16) AR/JUR/3/1922.

(17) 60002721.

(18) AR/JUR/12/1960.

(19) AR/JUR/1240/1990.

(20) AR/JUR/3301/1995.

(21) AR/JUR/1261/1999.

(22) AR/JUR/4250/2000.

(23) Id SAIJ: FA02000962.

(24) Nota fallo "El caso provincia de San Luis c. Estado Nacional", Andrés GIL DOMÍNGUEZ, LA LEY 2003-C-225.

(25) AR/JUR/1240/1990

(26) "Art. 23.— En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en

donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

(27) "Art. 99, inc. 3º.— Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

(28) "Art. 61.— Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior".

(29) "Art. 4º.— Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y concs. del Cód. Penal".