COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia

Volumen V. Reflexiones comparadas

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Editora

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

COVID-19 Y SU CIRCUNSTANCIA
UNA VISIÓN JURÍDICA PLURAL DE LA PANDEMIA
Volumen V
Reflexiones comparadas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 936

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Fernanda Sugey Pacheco Díaz
María Andrea Ñino Rivera
Margarita García Alvarez
Tania Mariel Farfán García
Apoyo editorial

Felipe Luna
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

COVID-19
Y SU CIRCUNSTANCIA
UNA VISIÓN JURÍDICA
PLURAL DE LA PANDEMIA

Volumen V
Reflexiones comparadas

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
Editora

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
MÉXICO, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 28 de octubre de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

www.juridicas.unam.mx

DR © 2021. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

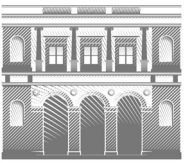
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

Impreso y hecho en México

ISBN Obra completa: 978-607-30-4959-7
ISBN Volumen V: 978-607-30-4964-1



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Martha Lorena Leal Ruiz
Secretaria de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica
María Marván Laborde

Secretario técnico
Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

CONTENIDO

Siglas XI

Prefacio. La Constitución del Estado y el estado de la Constitución. Una reflexión preliminar XVII
Diego VALADÉS

Introducción XIX
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Aspectos políticos, jurídicos e ideológicos del estado de emergencia sanitaria por COVID-19 en Francia 1
Renaud BOURGET

El modelo uruguayo ante la pandemia 33
Eduardo Gregorio ESTEVA GALLICCHIO

Las reformas normativas de los contratos públicos en el sistema jurídico colombiano: una violación del principio de legalidad en el estado de emergencia 49
Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA

Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina 69
Antonio María HERNÁNDEZ

La pandemia de COVID-19 en la República de Panamá: las decisiones del Estado durante la emergencia y sus consecuencias 123
Sebastián RODRÍGUEZ ROBLES

COVID 19, derechos e instituciones en Argentina. Aspectos constitucionales y convencionales. 139
Daniel Alberto SABSAY
Adelina LOIANNO

Derechos en emergencia. El surgimiento de una democracia iliberal en Paraguay durante el COVID-19 171
Jorge SILVERO-SALGUEIRO

Breve síntesis curricular de la editora y autores/as 193

SIGLAS

4T	Cuarta Transformación
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AFORE	Administradoras de Fondo para el Retiro
AISS	Asociación Internacional de Seguridad Social
AMLO	Andrés Manuel López Obrador
APS-I	Modelo de Atención Primaria de Salud Integral
BC	Baja California
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BM	Banco Mundial
BPI	Bribe Payers Index
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
CAMI's	Casas de la Mujer Indígena
CCE	Consejo Coordinador Empresarial
CCF	Código Civil Federal
CDC	Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos
CDH-DF	Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
CDI	Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
CDMX	Ciudad de México
CDPD	Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CFF	Código Fiscal de la Federación
Cfr.	confróntese

CGRT	Proyecto de Rastreo de Respuestas Gubernamentales al Coronavirus de la Universidad de Oxford (Oxford Coronavirus Government Response Tracker)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNI	Congreso Nacional Indígena
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
COFEPRIS	Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
comp., comps.	compilador, compiladores
CONACYT	Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología
CONAPO	Consejo Nacional de Población
CONAPRED	Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación
conc., concs.	concordante, concordantes
CONCAMIN	Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos
CONEVAL	Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social
CONSAR	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro
coord.., coords.	coordinador, coordinadores
COPARMEX	Confederación Patronal de la República Mexicana
COPRED	Comisión para Prevenir la Discriminación
COVID-19	Enfermedad viral infecciosa, causada por el virus SARS-CoV-2
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
CROU	Constitución de la República Oriental del Uruguay
CSFMEU	Comisión de Salud Fronteriza México-Estados Unidos
CSG	Consejo de Salubridad General

CTEEEST	Comité Técnico Especializado de Estadísticas Económicas del Sector Turismo
D	Decreto del Poder Ejecutivo
DDHH	Derechos Humanos
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
DFV	Decisiones al final de la vida
DLOMSP	Decreto Ley Orgánico del Ministerio de Salud Pública
ed.	edición
Ed.	editorial
EE.UU.	Estados Unidos de América
ENAPROCE	Encuesta Nacional sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas
EUA	Estados Unidos de América
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FDA	Agencia de Administración de alimentos y medicamentos en los EUA
FMI	Fondo Monetario Internacional
FODA	Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas
FONACOT	Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores
G20	Grupo de los 20
GACH	Grupo Asesor Científico Honorario
GODF	Gaceta Oficial del Distrito Federal
GpR	Gobernanza para resultados
H1N1	Virus A, hemaglutinina y neuramidasa
HRW	*Human Rights Watch*
IDEA Internacional	Instituto Internacional para la Democracia y Asistencia Electoral
IDIC	Instituto para el Desarrollo Industrial y el Crecimiento Económico
IIJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
IMPI	Instituto Mexicano de Propiedad Industrial
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
INAH	Instituto Nacional de Antropología e Historia

INAI	Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía
INFONAVIT	Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
INI	Instituto Nacional Indigenista
INMUJERES	Instituto Nacional de las Mujeres
INPI	Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas
INSABI	Instituto de Salud para el Bienestar
ISI	Industrialización sustitutiva de importaciones
ISR	Impuesto Sobre la Renta
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
IVA	Impuesto al Valor Agregado
LAMVLV-DF	Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México
LCyT	Ley de Ciencia y Tecnología
LFT	Ley Federal del Trabajo
LGAMVLV	Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
LGIPcD	Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad
LGS	Ley General de Salud
LGV	Ley General de Víctimas
LISR	Ley del Impuesto Sobre la Renta
LNMASCMP	Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal
LO	Licencias Obligatorias
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LSS	Ley del Seguro Social
MASC	Medios alternos de solución de conflictos
MIPYMES	Micro, pequeñas y medianas empresas
MLI	*Multilateral Instrument*
MORENA	Movimiento Regeneración Nacional
NAICM	Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México
NAPAPI	Plan de América del Norte para la Gripe Aviar y Pandémica

NHS	*National Health Services*/Servicios de Salud Nacional
NNyAcD	Niñas, niños y adolescentes con discapacidad
NOM	Norma Oficial Mexicana
NSUN	Red Nacional de Usuarios Sobrevivientes del Reino Unido
OACNUDH-MX	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México
OCDE/OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico/*Organization for Economic Cooperation and Development*
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS/WHO	Organización Mundial de la Salud/*World Health Organisation*
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPS	Organización Panamericana de la Salud
ord., ords	ordinal, ordinales
p., pp.	página, páginas
PcD	Personas con discapacidad
PEA	Población económicamente activa
PEF	Presupuesto de Egresos de la Federación
PI	Propiedad Intelectual
PIB	Producto Interno Bruto
PIM	Proyecto Integral Morelos
PIONUDCP	Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966
PND	Plan Nacional de Desarrollo
ppm	Partes por millón
PRD	Partido de la Revolución Democrática
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor
PSSDESC	Protocolo de San Salvador Aditivo a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988
PVEM	Partido Verde Ecologista de México
PyMEs	Pequeñas y medianas empresas
REGLAMENTO LGV	Reglamento de la Ley General de Víctimas
RPBI	Residuos Peligrosos Biológico-Infecciosos

RS	Registro Sanitario
RSI	Reglamento Sanitario Internacional
SAR	Sistema de Ahorro para el Retiro
SARS	Síndrome Respiratorio Agudo Severo
SARS-COV-2	Coronavirus tipo 2 del síndrome respiratorio agudo grave
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SE	Secretaría de Economía
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
SINAE	Sistema Nacional de Emergencias
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
SOFA	*Sequential Organ Failure Assessment*
SS	Secretaria de Salud
ss.	siguientes
SSA	Secretaría de Salud y Asistencia
STPS	Secretaria del Trabajo y Previsión Social
T-MEC	Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TSJ-DF	Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hoy Poder Judicial de la Ciudad de México
UCI	Unidades de cuidados intensivos
UMAS	Unidad de Medida y Actualización
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
V-Dem	Proyecto Variedades de la Democracia de la Universidad de Gotemburgo

PREFACIO

LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Y EL ESTADO DE LA CONSTITUCIÓN UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR

Diego VALADÉS

Esta obra, debida a la iniciativa y a la conducción inteligente y diligente de Nuria González Martín, investigadora muy reconocida y amiga muy querida, incluye ensayos de juristas mexicanos y extranjeros que, con una gran diversidad de enfoques, integran un amplio panorama jurídico acerca de la crisis sanitaria global ocasionada por el COVID-19. En las páginas de esta obra se advierte el impacto de la pandemia en la vida del Estado y en la comunidad internacional. Para acompañar tan valiosas aportaciones, en esta breve consideración preliminar expongo dos problemas: el de la Constitución en los Estados disfuncionales, y el estado que guarda la Constitución en México.

I. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DISFUNCIONAL

Las vicisitudes del Estado están asociadas a lo que se conoce como gobernabilidad, o sea a la aptitud de los órganos del poder de cumplir con las funciones que tienen asignadas conforme a la normativa propia de un Estado constitucional. Los fines y las funciones del Estado tienen variaciones de intensidad, énfasis y matiz según el tiempo y el lugar. Cada Estado puede privilegiar determinados objetivos sobre otros, pero hay un aspecto común para todo tipo de Estado, en todo sitio y momento: el monopolio de la coacción.

El concepto weberiano de Estado asocia tres elementos para caracterizar al Estado: realizar una actividad continuada, disponer de un elenco de administradores profesionales y ejercer con éxito la pretensión del monopo-

lio legítimo de la coacción.[1] Si se intenta ejercer la coerción sin conseguirlo, o si se omite hacerlo cuando es debido, se está ante un caso de disfuncionalidad del Estado que, de no corregirse, puede implicar lo que con sagacidad apuntó Hobbes: la traslación irregular de la coacción de quienes la ejercen con legitimidad a quienes la aplican *de facto*.[2]

Con independencia de lo avanzado o rezagado del ordenamiento desde un punto de vista comparado, el Estado constitucional será funcional donde el proceso político se sujete al marco normativo y sea capaz de mantener las libertades, la garantía de los derechos, el bienestar, la protección y la cohesión de la sociedad. Esto supone que la elaboración y la aplicación del ordenamiento se adecuen a los estándares de legitimidad y formalidad propios del sistema. La Constitución es el referente para determinar si los presupuestos del sistema son observados, de manera que un primer análisis consiste en identificar la relación entre la norma y la normalidad. Del grado de convergencia entre ambas se infiere qué tan funcional es un Estado constitucional.

La interacción entre norma y normalidad es uno de los elementos que permite identificar el nivel de gobernabilidad, y es asimismo una de las fuentes de confianza en las instituciones. En la medida en que los enunciados normativos se alejen de los signos exteriores del acontecer cotidiano de un Estado, tiene que ponerse atención a sus causas para identificar las opciones de remediación.

En el caso del Estado mexicano se registró una etapa crítica a partir de los años sesenta del siglo pasado, cuya expresión máxima se alcanzó con motivo del movimiento estudiantil de 1968. En ese momento se puso de manifiesto que los órganos del Estado habían llegado al más bajo nivel posible para cumplir sus tareas de mediación política por lo que tuvieron que echar mano del último recurso disponible: el de la fuerza total. Las primeras acciones remediales consistieron en el tono incluyente de la campaña electoral de 1970 y en algunos ajustes del comportamiento político y de las respuestas institucionales. Como parte del primero se amplió la composición del Congreso y se estableció un diálogo congresual con los integrantes del gabinete presidencial, y entre las segundas se institucionalizó un sistema de vivienda obrera creando el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, y se implantó un esquema de auxilio para el desarrollo de las universidades instaurando el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

---

[1] Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964, t. I, p. 43.

[2] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, cap. XXII. Con una expresión muy plástica señala que esa traslación se produce cuando se "arranca la espada de la mano del soberano".

En tanto que con las acciones emprendidas no fue bastante para conducir al país a un rencuentro político, cultural y social, en 1977 se emprendió una amplia reforma político-electoral que franqueó al acceso al poder de las fuerzas de izquierda, marginadas por décadas. Empero, se mantuvo la vigencia del presidencialismo concentrador y hegemónico. En las décadas subsiguientes se profundizó en el alcance de la reforma electoral, se modificó la integración del Congreso y se transformaron la estructura y el funcionamiento del órgano judicial federal, pero de nueva cuenta se mantuvo la intangibilidad de la presidencia de la república y de sus órganos locales correlativos, los gobiernos de los estados.

La organización democrática griega es valorada como paradigmática. Esto es comprensible por el deslumbrante periodo de Pericles y por las supremas aportaciones conceptuales acerca del ejercicio del poder a partir de Sócrates, y por las voces de los magnos trágicos Esquilo, Eurípides, Sófocles, que lo precedieron. A pesar de que la democracia griega fue muy efímera, dejó establecido el modelo a seguir por los constructores de los sistemas constitucionales fundacionales de la edad moderna, opacando incluso el mejor ejemplo de un poder bien estructurado: el de la república romana. En este caso su elaboración fue de carácter jurídico e incluso histórico, como ocurrió con Polibio, más que filosófico, por lo que careció de construcciones conceptuales de la talla de Platón y Aristóteles.

En Roma la preocupación se centró en los equilibrios. El ejemplo más ostensible estuvo en la diarquía de los cónsules y en la brevedad de sus mandatos, lo que no les impidió extender su dominación militar, política y comercial en territorios que hoy componen partes de Europa, Asia y África. Esta experiencia ilustra que el poder no tiene que estar concentrado para ser eficaz si obedece a un diseño racional de equilibrios dinámicos que también incluya la preservación y el desarrollo de los derechos ciudadanos.

La procrastinación sistemática de la reforma del Estado en México ha confirmado las previsiones formuladas al menos desde la última década del siglo pasado en el sentido de una atrofia institucional progresiva. La distancia entre norma y normalidad ha venido en aumento, acentuando las tensiones entre la parte reformada y la zona arcaizante del aparato del poder. El resultado es una desconexión entre los comportamientos y de los objetivos del Estado mexicano. Para identificar un código compartido que permitiera un mínimo de interacción se fueron aplicando de manera creciente medidas de corrupción, como sucedáneo ante la falta de acuerdos y compromisos políticos. Esta modalidad de intercambios basados en el con-

tubernio y el solapamiento estragaron la confianza en los órganos del Estado y relajaron sus posibilidades de dar resultados.

El sistema electoral, instrumento de legitimación democrática por excelencia, se convirtió solo en el medio de arribo a las prebendas y a la impunidad. Esta situación permitió confirmar las tesis sobre los efectos en torno a la legitimidad planteados por Guglielmo Ferrero.[3] El historiador examinó diversas experiencias que le permitieron distinguir entre legitimidad, prelegitimidad y cuasilegitimidad. Los cuatro principios de legitimidad que Ferrero consideró fueron: electivo, democrático, aristocrático-monárquico y hereditario.

La legitimidad, entendida como la justificación racional para que los gobernantes accedan y ejerzan el poder y los gobernados los acepten, según Ferrero genera desigualdad pues coloca a unos en la posición de obedecer y a otros la de mandar. La prelegitimidad se produce cuando los gobernantes acceden al poder mediante el procedimiento establecido y aun así una parte significativa de la población se resiste a aceptarlos,[4] con lo cual se da la paradoja de que la vulneración del ordenamiento procede de los gobernados y no del gobernante. En la cuasilegitimidad se produce el fenómeno inverso: el gobernante no ocupa el poder conforme a las reglas de la legitimidad, pero los gobernados lo aceptan como si las cumpliera.[5] La caracterización ferreriana admite matices e incluso un desdoblamiento más detallado, pero para los efectos de este estudio lo enunciado por el historiador italiano ofrece los elementos necesarios.

En cuanto a la desigualdad formal entre gobernado y gobernante, es posible encontrar respuestas en la forma como se construyen los sistemas constitucionales. Los efectos más directos de esa desigualdad se han podido constatar de manera global con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, pues las autoridades políticas han decidido, con niveles variables de discrecionalidad, acerca de las medidas concernidas con la salud y la vida de los habitantes de cada país.

Esa discrecionalidad es tanto más acentuada cuando los puntos de contacto entre gobierno y congreso tienen un rango más bajo, y donde se carece de un servicio civil muy profesionalizado y políticamente neutral. En

---

[3] Ferrero, Guglielmo, *The Principles of Power. The Great Political Crises of History*, Nueva York, Putnam, 1942; *Pouvoir. Les Genies Invisibles de la Cité*, Nueva York, Brentano's, 1942; *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, trad. de Federico López Cruz, Buenos Aires, Inter-Americana, 1943. Hay una traducción más reciente, de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991. Ambas traducciones se basan en la versión francesa, editada en Nueva York.

[4] Ferrero, Guglielmo, *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, Tecnos, pp. 142 y ss.

[5] *Ibidem,* pp. 216 y ss.

casos como estos, donde el gobierno actúa sin sujetarse a controles parlamentarios y donde las instancias profesionales responden a la selección libre de los titulares políticos de los órganos del poder, las decisiones se procesan conforme al criterio de quienes ocupan el vértice del poder. En los sistemas mejor estructurados, donde prevalecen los equilibrios y los controles políticos, la calidad del funcionariado suele ser superior y por ende las decisiones obedecen a criterios más objetivos y certeros, basados en evidencias científicas, y son implantadas por equipos administrativos experimentados, mejor preparados para hacer frente a contingencias que exigen una probada capacidad de respuesta.

El Estado está siendo puesto a prueba a un mismo tiempo y por igual fenómeno. Con la pandemia del COVID-19 se ofreció una posibilidad única para contrastar procedimientos y resultados. La idoneidad de la respuesta de cada Estado correspondió a su funcionalidad. Algunos Estados pudieron contender de mejor manera con la crisis sanitaria, como China, aunque con mayor sacrificio de las libertades; en otros, como Suecia, se mantuvo un alto nivel de libertades, pero con mayores complicaciones sanitarias. Un examen retrospectivo completo solo será posible cuando se puedan valorar los efectos sanitarios, económicos y sociales, y la forma de procesar las respuestas en cada caso.

La contención de la pandemia implicó, en todos los casos, dictar medidas restrictivas de derechos. En los sistemas donde las libertades están condicionadas el proceso se facilitó, pero esto no es un alivio ni abona en favor de hipotéticas ventajas de esos sistemas. En los sistemas constitucionales también es posible tramitar y absorber esas limitaciones a los derechos y libertades siempre que se sigan los procedimientos previstos para los casos de emergencia.

La funcionalidad del Estado no se acredita mediante la consecución de algunos objetivos. Como se dijo más arriba, un Estado es funcional cuando satisface una multiplicidad de objetivos a la vez. Es funcional el Estado que a un mismo tiempo asegura el disfrute de libertades y el ejercicio de derechos de toda la población, le ofrece seguridad y le proporciona los elementos necesarios para su cohesión, bienestar y protección, y aplica con éxito las medidas coercitivas cuando se hacen necesarias para esos fines. Atender de manera aislada uno o incluso varios de esos elementos, así sea en detrimento de uno solo, lo hace un Estado disfuncional, con independencia de que además sea catalogado como autoritario o totalitario.

Aquí es donde tiene relevancia el concepto de legitimidad. El "monopolio legítimo de la coacción" supone la validez legítima de un ordenamiento

y la titularidad también legítima de quien ejerce el poder, o sea la posibilidad de imponer a otro una conducta. Ahí donde los titulares del poder no son cuestionados en cuanto a su legitimidad, pero sí lo son algunas de sus medidas jurídicas y administrativas, porque carecen de base constitucional o porque no tienen éxito en la acción coercitiva, se produce una situación próxima a la que Ferrero identificó como preligitimidad. En este estadio son viables las acciones remediales que, de no ser aplicadas, acentúan las condiciones de disfuncionalidad del Estado.

El déficit de gobernabilidad obedece a causas endógenas, asociadas a los defectos en el diseño constitucional que generan interacciones institucionales negativas. Los factores externos de tensión y de resistencia al acatamiento del poder son los habituales; forman parte de lo que un Estado bien estructurado y funcional puede encarar con éxito. El Estado cuenta con los medios para hacer frente a desafíos de todo tipo; esa es una de sus funciones. Sin embargo, hay un elemento adicional al institucional: el personal. Incluso un diseño institucional adecuado puede resultar disfuncional si fallan los cuadros administrativos y políticos que lo operan.

El aparato de operación y dirección es crucial, y en el caso de México se dan carencias muy marcadas que fragilizan la vida institucional y por ende contribuyen a la disfuncionalidad del Estado. Los cuadros profesionales del Estado presentan una considerable heterogeneidad. Existen algunos con un profesionalismo de nivel internacional, como el personal médico de las instituciones públicas, mientras que en otros sectores de la administración domina la asignación de cargos basada en simpatías e intereses. El abanico que va de la excelencia médica a la insuficiencia de otras áreas comprende grados de calidad muy contrastante. Esto hace que el funcionamiento general de las instituciones sea irregular y, en adición, muy vulnerable a la corrupción.

El discurso político mexicano deja ver que los dirigentes carecen de una idea aproximada acerca del impacto que una masa burocrática tan informe produce en el funcionamiento general de las instituciones. En 2018 había 4.2 millones de servidores públicos,[6] de los que 1.6 eran federales y 2.6 estatales y municipales. Del total general, el 80% laboraba en las áreas de educación, justicia, salud y seguridad. Solo el 20%, poco más de ochocientas mil personas, tenía a su cargo las restantes tareas administrativas, entre ellas las relacionadas con el apoyo a las funciones de gobierno en sus tres niveles. Con excepción de algunas áreas como las de finanzas y las de

[6] Datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, disponible en: *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2018/publica2018_Nal.pdf*

relaciones exteriores, y de los órganos especializados de la administración federal, es en ese espacio burocrático donde se localiza el menor nivel de profesionalización y donde se reparten los cargos más altos conforme a intereses coyunturales.

A diferencia de los países con una tradición burocrática bien reconocida, en México la burocracia no goza de un prestigio especial. A esto se suman la corrupción y la ineficiencia, que proliferaron entre los altos cargos durante las últimas, y que han desprestigiado la titularidad de funciones otrora ambicionadas como símbolo de estatus. La combinación de estos factores ha hecho que el servicio público ya no sea un destino atractivo para los nuevos profesionales ni para quienes han alcanzado prestigio en sus ámbitos de desarrollo laboral. En otro orden de actividades públicas, a las elecciones concurren personas con vocación de servicio, pero también se registran deserciones o retraimiento por parte de personalidades que de manera habitual se interesaban por la acción política.

El deterioro advertido en México está más o menos generalizado. Por eso Bovero,[7] recuperando las lecciones de Polibio, alude a un fenómeno contemporáneo que denomina *kakistocracia*,[8] *el gobierno de los peores*, en referencia al decaimiento de los sistemas que no se renuevan. La rutina, en especial de los sistemas que no han alcanzado la plenitud democrática, potencia retrocesos institucionales que dificultan la gobernabilidad. Eso explica que en México se hayan establecido la corrupción, la violencia y la pobreza sistémica, pues las respuestas son inconexas y débiles en razón de la precariedad del soporte institucional.

Ese horizonte de disfuncionalidad contribuye a que los gobernantes se vean afectados por la *prelegitimidad*, que los lleva a cualquiera de dos extremos: las concesiones que impiden una actuación coherente o la intransigencia, que endurece la actitud ante el gobernado y procura mantener la adhesión de los votantes extremando la pugnacidad de su discurso.

El Estado disfuncional lo es al completo, no por parcelas o segmentos. El remedio exige ajustes mayores, una auténtica trasformación institucional cuyo mayor riesgo consiste en no hacerlo con la pericia necesaria. Muchas reformas fracasan porque no se modifica aquello que lo requiere, o se modifica pero no en la dirección y con el énfasis adecuado, o al resolverse el problema se introducen otros elementos disruptivos que limitan o anulan los efectos del cambio.

---

[7] Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma, Latterza, 2000, pp. 127 y ss.

[8] Del griego *kakós*, malo, vil.

Aunque no hay recetas infalibles, en términos generales los mejores cambios son los que se hacen en una etapa que permite la reflexión y experimentar la gradualidad de las medidas. Empero son muy escasos los dirigentes dispuestos a modificar lo que, en la apariencia, todavía funciona; en cambio cuando las consecuencias de la disfuncionalidad imponen soluciones de urgencia, suelen equivocarse sus términos y por ende dan resultados insuficientes o contradictorios, lo que desemboca en una pronunciada espiral de frustraciones. Por paradójico que parezca, los mejores tiempos para cambiar son los que menos se aprovechan: los de estabilidad. Cuando la tormenta sobreviene el cambio es inevitable, pero no siempre es el que da mejores resultados.

En México la disfuncionalidad del Estado se corregirá si se cumplen varios requisitos: mitigar el poder unipersonal de la presidencia, construyendo un gabinete de gobierno con atribuciones constitucionales, bajo la conducción del presidente e integrado por ministros de Estado responsables de sus actuaciones ante el Congreso; vigorizar el sistema representativo confiriendo al Congreso nuevas facultades, en especial la de llevar a cabo sesiones periódicas para el control político del gobierno; remozar el sistema de partidos, dando nuevos derechos a los minoritarios, en particular el de investigación de los actos u omisiones gubernamentales; aplicar las mismas medidas en el ámbito local para sustituir las prácticas caciquiles por estilos democráticos; profesionalizar de manera seria la administración pública, reduciendo así el patrimonialismo políticos, y avivar la Constitución adormecida, donde permanecen en latencia institutos tan relevantes como la pregunta y la interpelación parlamentarias, el gobierno de coalición y la aprobación plenaria de la cuenta pública en la Cámara de Diputados.

Lo anterior permitiría contar con un poder político mejor estructurado y más funcional, en tanto que también sería más democrático.

II. El estado de la constitución

México se adentra de manera paulatina en el territorio ignoto de una Constitución evanescente.

El ordenamiento jurídico del Estado enfrentó la crisis sanitaria después de que sucesivas medidas gubernamentales habían afectado al sistema de salud reduciendo su presupuesto, entorpeciendo la cadena de abastecimiento de medicamentos, suprimiendo una modalidad de atención médica sin sustituirla de inmediato por otro capaz de funcionar, y estigmatizó al gremio

médico, incluyendo una disminución en los de por sí exiguos emolumentos otorgados a millares de médicos en su proceso de especialización.

A esa situación adversa se sumaron un mecanismo de información errátil acerca de la pandemia, restricciones para la aplicación de pruebas y numerosas deficiencias en el abasto de insumos de seguridad sanitaria para el cuerpo médico. En cuanto a los símbolos políticos, el presidente de la República intentó atenuar el impacto negativo de la pandemia mediante expresiones desenfadadas mal recibidas, pues en lugar de transmitir certeza en cuanto a la calidad y oportunidad de las decisiones, proyectó una impresión de negacionismo y superficialidad.

La combinación de esos factores estragó la confianza pública que, con fundamento, puso en duda la veracidad de la información y la coherencia de las medidas adoptadas por la autoridad. En tal contexto las disposiciones de emergencia sanitaria impusieron limitaciones a las libertades de tránsito, trabajo y comercio sin que se hayan aplicado los dispositivos constitucionales previstos para este tipo de casos. A pesar de las resistencias atávicas a la aplicación del estado de excepción previsto en el artículo 29 de la Constitución, se optó por el expediente convencional de decisiones administrativas unilaterales.

El mecanismo del artículo 29 involucra la anuencia del Congreso. Una adición constitucional llevada a cabo en 2011 introdujo amplias salvaguardas para los derechos fundamentales, por lo que se convierte en una institución muy segura para la preservación del ordenamiento jurídico. Además, la participación congresual habría significado una oportunidad para que las fuerzas políticas mayoritaria y minoritarias actuaran por consenso, ofreciendo al país un ejemplo de armonía que habría contribuido a atenuar la tensión generalizada, y habría puesto a la Constitución en el eje de las decisiones.

Se optó por la exclusión del Congreso, de un segmento de la opinión política y, lo más dañoso, se evitó aplicar una disposición constitucional que por razones de estrategia también había sido relegada durante el periodo de la hegemonía de partido. La percepción de que el poder vertical se ejerce al margen de los supuestos constitucionales resulta erosiva para la norma suprema mexicana.

Al escribir estas reflexiones todavía no se registra la totalidad de los efectos económicos de la pandemia. Este es otro gran capítulo de la crisis, porque en la formulación y aplicación de la política oficial relacionada con la protección del trabajo tampoco tuvo participación alguna el Congreso.

La magnitud de la caída económica y su impacto en la vida cotidiana de cada mexicano solo podrá medirse con posterioridad. Esto no es óbice para inferir que supondrá un fuerte revés en materia de empleo y de prestaciones sociales, entre ellas educación, salud, alimentación, habitación, servicios públicos y seguridad. Para paliar esta situación, el 8 de mayo de 2020, en lo más intenso de la crisis sanitaria, fue publicada una adición al artículo 4º constitucional. Como era comprensible, debido a las circunstancias sanitarias la publicación pasó inadvertida.

En materia de salud, se agregó a la Constitución: "La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social". La verosimilitud de esta reforma fue empañada por la intensidad de la pandemia y la constatación, a través de familiares y conocidos y de los medios de comunicación, de las dificultades para la atención y de la inexactitud de las cifras oficiales en cuanto a personas enfermas y fallecidas. Esta reforma supuso asimismo la desaparición de un programa de atención denominado "Seguro Popular" que, pese a deficiencias no corregidas, estaba dando resultados razonables. Al desaparecer este programa se generó un vacío solo explicable por la precipitación con la que se diseñó el nuevo sistema. La crisis impidió instrumentarlo y, en adición, puso en evidencia las carencias organizativas, operativas y financieras de las instituciones de salud en el país.

La enmienda constitucional también aportó tres nuevos párrafos, de redacción confusa e incluso contradictoria. El primero dispone:

> El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

La lectura directa de esta nueva disposición indica que la prestación será otorgada solo a personas con menos de 18 años, y que en el caso de indígenas y afromexicanos la recibirán cualquiera que sea su edad, pero cesará al alcanzar los 64 años de edad. En cuanto a quienes se encuentren en condición de pobreza, no hay requisito de edad. Por lo demás, no se señala la periodicidad del "apoyo", que por la redacción podría ser lo mismo anual que diaria. Tampoco queda claro si la ley determinará la forma de entrega del apoyo o la discapacidad permanente de las personas.

El siguiente párrafo establece:

> Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

Aquí también hay problemas de redacción, en particular porque se reitera la falta de concordancia cuando se alude a "las... afromexicanos". Empero, la cuestión fundamental está en cómo introducir un criterio étnico para determinar a los beneficiarios de una pensión en. En el caso de los indígenas el artículo 2o. constitucional incluye el criterio de autoadscripción al determinar que "La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas". Si, en los términos del apartado C de ese precepto se confiere la misma facultad de autoadscripción a la población afromexicana, en principio el problema se habrá resuelto, excepto para los casos en los que esa autoadscripción sea cuestionada o desatendida, o los que, a la inversa, sean considerados como indígenas o afromexicanos conforme a una connivencia que propicie nuevas formas de corrupción administrativa.

El tercer párrafo adicionado dice:

> El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.

En este párrafo la redacción deja ver que se trata, una vez más, de una promesa a largo plazo pues si se califica como prioridad significa que no es un sistema universal de becas, con efectos inmediatos, sino una directriz política sujeta a variaciones.

Todo lo anterior se trae a colación para ejemplificar, con algunos casos, cómo se ha ido deteriorando el contenido de una Constitución ya lastrada desde hace tiempo por una sobrecarga de obligaciones de prestación a cargo del Estado, incumplidas de manera reiterada. Así sucede con el derecho al trabajo, sin seguro de desempleo; con el derecho a la alimentación, con la multiplicación del hambre; con el derecho a un medio ambiente sano, con la elevada contaminación en las grandes urbes, en particular la capital del país. Las nuevas prestaciones se suman a una serie de reformas previas que,

en las circunstancias de la publicación, ni siquiera tuvieron la oportunidad de recibir la habitual serie de reconocimientos efímeros.

La progresiva desconstitucionalización del Estado procede de la pérdida de sintonía entre la operación de un poder presidencial muy concentrado y sus diversas consecuencias, acentuadas en medio de la crisis sanitaria, como el verticalismo político, la cesantía congresual, el ejercicio patrimonial del poder, la naturaleza unipersonal del gobierno, la presencia castrense en asuntos civiles y la tensión federal, que son cuestiones analizadas con frecuencia en los espacios académicos y en los medios de comunicación, que afloraron con particular intensidad en medio de la crisis poniéndose a la vista de la comunidad nacional.

Las páginas que siguen abordan estos temas con detalle.

INTRODUCCIÓN

Nuria González Martín

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), de manera formal, a partir del segundo semestre de 2018 puso en marcha un proyecto editorial especial, parte de la agenda o plan de trabajo 2018-2022 de su director, doctor Pedro Salazar Ugarte, denominado *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, y del cual funge como coordinadora quien suscribe estas líneas introductorias.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo al congregar *i)* temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; *ii)* vinculados con la Agenda Nacional; *iii)* con una extensión breve y no dictaminado, en principio, aunque si dispone de ISBN; *iv)* dirigido a un público no necesariamente especializado; *v)* con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación *per se*, y *vi)* que amerita celeridad en su redacción y publicación para que consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Dadas las razones de excepcionalidad por las que transitamos en 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar ese canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla pero veraz sobre el estado del arte, las consecuencias y las propuestas lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico. El proyecto de *Opiniones técnicas* tiene un total de 35 números desde sus inicios, octubre 2018, hasta el día de hoy, julio 2020. De ese total de 35 números, 15 han estado dedicados al COVID-19, es decir, desde que nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM cerró sus instalaciones el 18 de marzo, atendiendo los acuerdos que restringían las labores no esenciales e impulsaba la sana distancia y el confinamiento en nuestros hogares, y visualizando, de alguna manera, que lo que se avecinaba no era una cuestión de unos días, como coordinadora del mismo pergeñé la idea

de invitar a escribir y reflexionar sobre el COVID-19 y una diversidad de aspectos jurídicos que afectarían de inmediato, directa o indirectamente, a nuestra sociedad mexicana y al mundo en general.

De esta manera, se lanzó y se coordinó un primer número, el correspondiente al número 14 de la serie titulándolo "Emergencia sanitaria por COVID-19: Reflexiones desde el derecho (I)" y así sucesivamente con un total al día de hoy, como expresamos, de 15 números. Una serie, digamos, paralela, dentro del proyecto *Opiniones técnicas*, y específica referida a la pandemia y las connotaciones e implicaciones legales desde diversas áreas del conocimiento jurídico. La reacción de la comunidad académica fue más que positiva y comprometida y prácticamente salió un número consecutivo por cada semana de confinamiento hasta inicios de junio. Algunos números han congregado temas generales y otros números han sido monográficos concretos, como federalismo; ciencias penales; derecho constitucional comparado; democracia y procesos electorales; noroeste de México; "acuerdo" en torno a la fuerza armada; contratación pública; constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual; niñas, niños y adolescentes; medios alternos de solución de conflictos; campo mexicano y violencia familiar. Los monográficos enumerados fueron co-coordinados por una servidora y por colegas reconocidos, especialistas en las diferentes materias, como son, por orden de enunciación y aparición de los monográficos, José María Serna de la Garza, Enrique Díaz-Aranda, Diego Valadés, María Marván, Guadalupe Salmorán, Juan Vega, Miguel Alejandro López Olvera, Enrique Cáceres Nieto, Montserrat Pérez Contreras, Fernando Navarro, Ma. Carmen Macías y Rosa Álvarez González.

La convocatoria, en primera instancia, se hizo a nivel interno del IIJ y posteriormente se realizó de manera más extensa a través de diferentes redes sociales del ámbito jurídico, solicitándose que se invitara, con libertad y ampliamente, a todos aquellos colegas que tuviera interés en participar sobre la temática. En los 15 números relacionados con el COVID tenemos un total de 175 contribuciones, con 191 autores/as —algunos/as con más de una participación—, con un extraordinario balance entre colegas internos y externos del propio IIJ, 96 internos y 95 externos, y con más de 2,000 páginas escritas.

Ha sido una publicación de gran éxito, incluso viral en algunas de nuestras sedes de la UNAM en el extranjero, especialmente en la sede de China y Sudáfrica; con una cantidad de consultas/visitas y citas importante, los números lo han manifestado, y, por ende, el objetivo se ha visto cumplido al hacer llegar información, como decíamos, sencilla pero veraz y completa,

desde el conocimiento de quienes nos han hecho el honor de participar y así dar oportunidad de compartir información a una población en estado de vulnerabilidad que necesita saber cuestiones puntuales en torno al ejercicio de sus derechos, desde el ámbito sanitario, laboral, económico, social, entre otros. Ha sido una labor ardua, con un esfuerzo que superó, con creces, el número de horas laborales durante días, semanas y meses; una labor conjunta de autores y autoras, de coordinación, edición y publicación inmediata concebida, desde sus inicios, como un servicio a la comunidad y por ello el apoyo recibido para colocar cada versión de autor, y posteriormente, cada versión editada, en nuestra página web del IIJ-UNAM. La divulgación, más que nunca, se hacía imprescindible si se quería lograr el objetivo planteado de información "sincrónica" a un colectivo inmerso en una crisis sin parangón.

Con esta iniciativa y con este recorrido planteado y esbozado, uno de nuestros destacados colega y amigo del IIJ, doctor Arturo Oropeza, manifestó su interés en que esa "huella", esa instantánea brevísima de opinión que dejamos plasmada en la serie de *Emergencia sanitaria por COVID-19*, la eleváramos a un artículo doctrinal, al menos de manera más formal, y así dejar una constancia más aterrizada y amplia sobre la temática planteada. La idea se transformó en una invitación específica a todos los autores/as que habían participado en la serie COVID-19 de las Opiniones técnicas —excepto los 3 últimos monográficos, por cuestiones de tiempo— y de nueva cuenta propiciando que se extendiera siempre a un colectivo más amplio. El resultado fue un texto con 41 artículos doctrinales, con un total de 55 autores/as, con 1 300 páginas en donde se abarcaron, como decimos, la mayoría de las materias que convergieron en las publicaciones dedicadas a la *Emergencia sanitaria por COVID-19* del proyecto editorial *Opiniones técnicas*.

Por cuestiones prácticas, e incluso pedagógicas, dicho texto se convirtió en la [presente] obra titulada *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia,* dividida por temáticas y así se congregaron en cinco volúmenes: I. Marcos normativos; II. Aspectos filosóficos y bioéticos; III. Derechos humanos; IV. Política, derecho y economía y V. Reflexiones comparadas. En definitiva, el lector y la lectora tiene en sus manos un nuevo producto académico que ofrecemos como comunidad y que pensamos alcanza los objetivos marcados.

Durante la emergencia sanitaria que nos trajo el virus SARS-COV-2, hemos escuchado una frase, pareciera de cabecera, pero no por ello menos cierta, y es esta de que el mundo jamás enfrentó una pandemia simultánea a nivel global. Y así es, este es uno de los precedentes o hitos que más carac-

teriza la situación transitada por la enfermedad de COVID-19 y, derivado del mismo, se le agrega una falta de preparación para afrontar la misma con consecuencias graves que genera complejidades en los Estados con efectos económicos, sociales, políticos y, por supuesto, de salud. Precisamente, como una mano extendida ofreciendo apoyo, se visualiza la presentación de una colección de estas características; cinco volúmenes que buscan, una vez más, hacerse eco de los problemas más acuciantes y solidarizarse con los más desfavorecidos, con los que están hoy en una posición de desigualdad más palpable y patente que nunca; porque el mundo cambió y no para mejor.

En México, como en otros tantos países, se han emitido una serie de decretos, de acuerdos, a través del Consejo General de Salubridad y de la Secretaría de Salud, así como a través del ejecutivo federal, fundamentalmente, con la implementación de acciones en torno a la suspensión de todas las actividades que no entraran dentro de la categoría de "esenciales". El objetivo, detener la propagación y el contagio del virus, aunque no con el éxito deseado; las consecuencias, paralelas, repercusiones en la salud o sanitarias, económicas, sociales, laborales, civiles y comerciales, entre las más significativas. Ante esta situación, como decimos, el deseo de contribuir con un sentido de servicio a la comunidad y el apoyo y liderazgo indiscutible del director del IIJ-UNAM, doctor Salazar, y con él toda la cooperación, colaboración y confianza de su equipo, desde secretaría académica, secretaría técnica hasta el departamento de eventos y difusión académica y departamento de proyectos académicos digitales, que han trabajado bajo condiciones adversas y a destajo, así como la buena actitud y generosidad de la licenciada Mariana Ávalos, quien asistió durante unos meses este proyecto editorial en su globalidad; toda esta sinergia de voluntades y esfuerzos permite que el lector/a pueda disponer y disfrutar el día de hoy, a través de este volumen/estos volúmenes, de un material de gran valor y con un significado tan loable como noble.

Temas muy variados, como decimos, han confluido bajo el sello editorial del IIJ-UNAM y ahora también bajo el sello editorial del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, en donde un objetivo primordial, desde nuestra óptica, ha sido optimizar los sistemas de garantía de los derechos humanos, como promover y garantizar los derechos humanos con una mirada clara hacia el derecho al acceso a la justicia, y de eso hablamos, de ofrecer un panorama amplio que destaque y procure garantizar la inclusión. Estas cuestiones las tenemos que abordar basada en

principios de justicia, transparencia, privacidad y protección de datos, responsabilidad e inclusión.

Con todos estos prolegómenos, el lector tiene en sus manos, finalmente, la obra *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia* y, con ella, el quinto volumen de los cinco enunciados, referido a "Reflexiones comparadas", con un total de 7 artículos y 8 autores/as, los cuales abordan la perspectiva de diferentes países de Latino América, tales como Argentina, Colombia, Panamá, Paraguay, Uruguay, así como Francia. Los autores que participaron y compartieron sus perspectivas nacionales son los que siguen, en orden alfabético. Renaud Bourget con el título,"Aspectos políticos y jurídicos de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19 en Francia", parte de la premisa que Francia, para responder a la situación de crisis sanitaria, cuenta, entre otros, con el plan Organización de la Respuesta del Sistema de Salud en Situaciones Sanitarias Excepcionales. Desde su activación, el marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado. Tras una primera etapa de decretos, fue promulgada la Ley 2020-290 (23 de marzo de 2020) para hacer frente al COVID-19 estableciendo el estado de emergencia sanitaria. Sin embargo, salta a la vista que por razones de corte ideológico la gestión política de la crisis sanitaria se ha alejado no pocas veces del marco jurídico-administrativo diseñado y previsto para enfrentarse con una situación de emergencia sanitaria.

Eduardo Gregorio Esteva Gallichio, nos saca, igualmente en este volumen comparado,d el contexto mexicano y así con "El modelo uruguayo ante la pandemia" expone que, ante la verificación de los primeros casos positivos de infección por SARS-COV-2 entre sus habitantes, a doce días de haber asumido el nuevo gobierno, este optó rápidamente por adscribirse a un modelo de tipo democrático, sin acudir a poderes de emergencia o suspensión de garantías, haciendo aplicación inmediata de disposiciones constitucionales en materia de salud e higiene, y reglamentando previsiones legales ordinarias vigentes desde 1934, evitando de esa forma ordenar una cuarentena y optando por formular constantes exhortaciones a la población, del tipo "si puedes, quédate en casa". Las medidas, adoptadas con transparencia y enmarcadas por un sólido sistema nacional de salud y preciso asesoramiento científico, generaron consenso mayoritario, arrojando, hasta el momento, un resultado halagüeño que posibilitó comenzar el tránsito hacia la normalización.

Ciro Nolberto Güechá Medina en "Las reformas normativas de los contratos públicos en el sistema jurídico colombiano: una violación del principio de legalidad en el estado de emergencia" y, como se deriva de su

título, expone el sistema jurídico colombiano, en donde se consagra que a nivel constitucional y legal se otorga poderes excepcionales al presiente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente situaciones de emergencia, como la presentada en tiempos de pandemia, a través del otorgamiento de competencias legislativas. En Colombia, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, *"Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional",* acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y, como, con fundamento en dicha declaratoria de emergencia, se han expedido un sinnúmero de decretos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, entre ellos algunos referidos a contratos, por el tema de su interés. Su contribución aterriza, precisamente, en un análisis de las regulaciones normativas previstas en los decretos legislativos de estado de emergencia, referidos a asuntos de contratos públicos,y si contienen vulneraciones de normas jurídicas de rango superior, que implique violación del principio de legalidad.

En cuanto a Argentina, Antonio María Hernández y bajo este título, "Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina", presenta sus reflexiones en tres sentidos. En primer lugar, efectúa una distinción entre las emergencias, producidas por actos del hombre o de la naturaleza y los institutos de emergencia, que son las respuestas constitucionales para superar las mismas. Señala que esta cuestión es de particular complejidad y pone en tensión al estado de derecho, pues hay respuestas propias de sistemas autoritarios que anteponen los estados de emergencia al propio orden constitucional, mientras que las respuestas democráticas siempre subordinan las mismas a la Ley Suprema; todo ello bajo el debate entre estas posiciones desde la teoría constitucional y además, con referencia a la doctrina de los organismos regionales de derechos humanos. En relación a Argentina, efectúa una clasificación de los institutos de emergencia en previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución y concluye sosteniendo que el estudio histórico demuestra un uso y abuso de los mismos, que lesionaron al sistema republicano y federal y a los derechos humanos. En segundo lugar se considera lo ocurrido en el país por la emergencia causada por el COVID-19, bajo el punto de vista institucional y constitucional, por parte de los diversos órdenes gubernamentales de la Federación, indicando que la respuesta ha sido similar a la de otros momentos del pasado, con afirmación de un hiperpresidencialismo y gobierno por decretos. Y, en tercer lugar efectúa unas breves reflexiones finales, postulando para el futuro un cumplimiento

estricto de la Constitución, con pleno funcionamiento de los tres poderes del Estado y de los principios federales.

Sebastián Rodríguez Robles, "La Pandemia de COVID-19 en la República de Panamá: las decisiones del Estado durante la emergencia y sus consecuencias", hace un recuento de las más significativas decisiones de los poderes del Estado en la República de Panamá, tomadas desde un sistema unitario, durante la pandemia por COVID-19 y cómo estas han influido en la protección de los derechos humanos. Se examina la gestión y el tratamiento estatal de la emergencia, puntualizando las vicisitudes, los problemas y sus consecuencias inmediatas y mediatas.

Daniel Alberto Sabsay y Adelina Loianno en "COVID 19, derechos e instituciones en Argentina, aspectos constitucionales y convencionales", parten de la idea de que tanto las constituciones como los tratados internacionales se ocupan de la vigencia de derechos fundamentales y la subsistencia regular de las instituciones en el marco de situaciones de emergencia. Los Estados lo hacen considerando sus particularidades nacionales, en tanto el derecho internacional impone una perspectiva que pretende unificar las condiciones bajo las cuales pueden admitirse restricciones a los derechos sin violentar las reglas de la convivencia internacional, las garantías mínimas de los derechos humanos y la continuidad de las instituciones democráticas. El resguardo de las libertades no está asegurado si el poder legislativo no se encuentra en funciones. Si a ello agregamos un poder judicial que solo actúa excepcionalmente, no podemos sino preocuparnos por los abusos de la autoridad ejecutiva y sobretodo de órganos de la administración que tienen que ver con la seguridad, el ejercicio del poder de policía, u otras funciones que necesariamente deben mantenerse dentro de los límites establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, respetando los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. La actual situación sanitaria provocada por la pandemia COVID-19 pone en crisis esos principios desde ambas perspectivas: constitucional y convencional. El trabajo reúne las condiciones formales derivadas de la Constitución argentina y de los Tratados Internacionales que regulan el alcance de los estados de emergencia y las evalúa en función de las consecuencias no queridas provocadas por la pandemia.

Por último, Jorge Silvero-Salgueiro en "Derechos en emergencia. El surgimiento de una democracia iliberal en Paraguay durante el COVID-19", como se desprende de su título, contextualiza el tema en Paraguay y así expresa que en dicho país el COVID-19 ha impactado más en el sistema político que en la salud pública. Mientras que el número de fallecidos es apenas

16 en 112 días de cuarentena, las personas imputadas penalmente por violación de la cuarentena son 3 320 según datos del Ministerio Público. Las libertades públicas están en franco deterioro y los derechos se encuentran en emergencia durante el COVID-19. La respuesta autoritaria al tratamiento de la pandemia es analizada en este trabajo.

Finalizamos, como no puede ser de otra manera, y una vez más, agradeciendo el compromiso de una comunidad conocedora, solidaria y comprometida con la ciencia jurídica que ha hecho posible la puesta en común de intereses genuinos para afrontar los desafíos que una pandemia como esta nos ha dejado patente. Una comunidad como la del IIJ-UNAM no es fácil de encontrar y en el nombre de todos y cada uno de sus miembros, representada, como expresaba arriba, en la persona de un gran director y una persona excepcional, doctor Pedro Salazar Ugarte, reiteramos el más profundo de los agradecimientos. Un reconocimiento muy especial a quien nos honró con el magnífico Prefacio, doctor Diego Valadés, erudito, incondicional, generoso e incansable amigo y colega. A todos y a todas, colegas internos y por supuesto también externos, la más absoluta admiración.

ASPECTOS POLÍTICOS, JURÍDICOS E IDEOLÓGICOS DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 EN FRANCIA

Renaud BOURGET*

> Aquí en Tokio, cuando veo cómo vuestro candidatos a la ebriedad se descalzan en vestíbulo para dejar las impurezas a la puerta del establecimiento de venta de bebidas o del restaurante, o cómo os cubrís la boca, en la calle, con máscara de gasa; cuando redescubro en Kioto vuestro arte del arrucucamiento y de la retirada; cuando leo a Augustin Berque, en Lo Salvaje y África, cuando dice que en Japón "la nostalgia del país evoca intensamente la del retorno a la matriz, al trato maternal de la aldea y su envoltura casi fetal (el nombre familiar de la aldea, fukuru, saco, bolsa, designa de la misma manera la comunidad de nacimiento y la madre)", no puedo evitar pensar que, más allá de preocupaciones higiénicas, y de la decadencia demográfica, no os acecha el nihilismo.
>
> Régis DEBRAY, *Eloge des frontières,* París, Gallimard, 2010.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo de la pandemia del COVID-19 en Francia: la respuesta sanitaria.* III. *El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19: el estado de emergencia sanitaria.* IV. *Crisis sanitaria y posturas ideológicas: docencia "online", falta de mascarillas y ausencia de control sanitario en las fronteras.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

* Código ORCID: *https://orcid.org/0000-0003-4550-8919*.

I. Introducción

En Francia, se identificó oficialmente a los tres primeros enfermos de COVID-19 a la fecha del 24 de enero de 2020. Se trataba de un francés de origen chino y de dos turistas chinos que habían viajado a Wuhan. Sin embrago, tras haber vuelto a analizar muestras de sangre de pacientes supuestamente enfermos de la gripe, un hospital de Seine Saint-Denis ha demostrado que el COVID-19 ya circulaba en Francia desde finales de diciembre del 2019. Para responder a tal riesgo epidémico y anticipar su desarrollo en el territorio nacional, Francia cuenta con el llamado mecanismo ORSAN (Organización de la Respuesta del Sistema de Salud en Situaciones Sanitarias Excepcionales)[1] que cuenta cuatro niveles de acción[2] y organiza una mejor coordinación a nivel regional de los dispositivos que existen en los tres sectores sanitarios —ambulatorio, hospitalario y médico-social— (I). Una vez activado a partir del 23 de febrero de 2020, el marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado especialmente a partir del acenso al nivel 3 del plan ORSAN. A los decretos iniciales para restringir, por ejemplo, la libertad de circular, ha sucedido la Ley del 23 de marzo de 2020 que ha establecido el "estado de emergencia sanitaria" (II). El periodo de emergencia sanitaria ha ofrecido el pretexto idóneo para permitir al sector neoliberal adelantar la aplicación de su programa ideológico a algunos sectores hasta entonces resistentes, mientras que se han manifestado, en las decisiones de los gobernantes, las consecuencias del mismo en varios aspectos de las políticas públicas, en especial en materia educativa, sanitaria y aduanera (III).

II. Desarrollo de la pandemia del COVID-19 en Francia: la respuesta sanitaria

El 23 de febrero, el Ministro de Salud decidió activar el nivel 1 del plan ORSAN previsto para un riesgo epidémico. La doctrina del Gobierno era enton-

[1] Renaud, Bourget, "El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19 en Francia", en Valadés, Diego y González Martín, Nuria (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2020, pp. 94-98.

[2] El Plan ORSAN cuenta con cuatro niveles: el nivel 1 caracteriza a la situación en la cual el virus no circula entre la población y debe permitir frenar la introducción del virus en el territorio francés; el nivel 2 tiene como objetivo frenar la propagación del virus en el territorio, el nivel 3 corresponde a una libre circulación del virus en el territorio y busca atenuar los efectos de la pandemia y, para terminar, el nivel 4 manifiesta la vuelta a una situación normal.

ces confinar a las personas contagiadas o susceptibles de serlo (especialmente en el caso del personal sanitario) para evitar el inicio de un brote. El segundo nivel se activó el 29 de febrero cuando ya se contabilizaban 100 personas enfermas y 2 fallecidos. El principal foco de contagio o "cluster" se ubicaba entonces en el Departamento de l'Oise, especialmente en el municipio Creil donde se ubica la base área militar donde aterrizó el 30 de enero la primera aeronave que ha repatriado a Francia los franceses expatriados en Wuhan. Según el Gobierno, la presencia del virus en el territorio ya no justificaba confinar a los viajantes que volvían de las zonas de riesgo como China e Italia. Desde entonces, el objetivo era supuestamente frenar la propagación del virus en el territorio. Por lo tanto, se decidió, en los departamentos afectados, prohibir cualquier agrupación, se invitó a los habitantes a limitar sus desplazamientos, mientras las principales escuelas afectadas cerraron. A nivel nacional, el Gobierno decidió prohibir las reuniones en local cerrado con más de 5 000 personas. El primer ministro declaró que el objetivo del Gobierno es "frenar para impedir, o por lo menos demorar, la libre circulación del virus en el territorio lo que significaría, si llegara a pasar, el acenso al nivel 3, a saber una epidemia propiamente dicha de coronavirus en Francia". El 12 de marzo, en una declaración por televisión, el Presidente de la República, ordenó el cierre de las guarderías de niños, de las escuelas primarias, colegios, liceos y universidades. Sin embargo, decidió paradójicamente mantener la primera vuelta de las elecciones municipales previstas tres días más tarde, el domingo 15 de marzo. El ministerio de salud pidió que los hospitales reprogramaran las intervenciones quirúrgicas no urgentes. A partir del 13 de marzo se prohibieron las reuniones de más de 100 personas.

El 14 de marzo, tras haber observado la multiplicación de casos de COVID-19 en 72 horas con unas 4 500 personas positivas y 91 muertes en hospitales, se declaró el acenso al nivel 3 del Plan ORSAN. A final de la tarde, el primer ministro anunció por televisión que a partir de medianoche quedarían cerrados todos los lugares públicos no esenciales (cines, restaurantes, bares, cafés, hoteles, estaciones de esquí, etcétera). Los lugares que seguirían abiertos serían únicamente las farmacias, los bancos, los estancos, y quioscos de prensa. Mientras seguía pidiendo a los franceses limitar sus desplazamientos, confirmaba de forma aún más paradójica que al día siguiente se mantendría la primera vuelta de las elecciones municipales, generando con esta funesta decisión muchas críticas. Es cierto que a esta fecha el Gobierno francés no podía ignorar la polémica que había surgido desde hacía unos días en España acerca de la decisión de sus autoridades de mantener las marchas feministas del 8 de marzo y la posibilidad de que hubieran

actuado como vector de propagación del virus. Asimismo, las críticas se extendieron a la publicidad que se había dado a la asistencia privada del presidente Macron y de su esposa el 6 de marzo a una obra de teatro para incitar, de esta manera, a los franceses a no modificar sus actividades y salidas.

El 16 de marzo, el presidente de la República, en una declaración en vivo ante los canales de televisión y de radio nacionales, decidió reforzar aún más estas medidas. "A partir de mañana al mediodía, y durante al menos 15 días, nuestros desplazamientos se reducirán considerablemente. Esto significa que ya no se permitirán las reagrupaciones externas, ni las reuniones familiares o amistosas. Encontrar amigos en el parque o en la calle ya no será posible" dijo el presidente Macron. De esta manera se está imponiendo restricciones —"medidas sin precedentes en tiempos de paz"— en todo el país a la libre circulación: "Los movimientos se reducirán muy fuertemente", dijo el mandatario, por lo que a los franceses solo se les permitirá salir de sus casas para desplazamientos necesarios como ir al trabajo o al supermercado. Insistiendo sobre el aspecto supuestamente bélico de esta crisis, el presidente continuó diciendo que "Estamos en guerra, en una guerra sanitaria. Es cierto que no luchamos ni contra un Ejército ni contra una nación, pero el enemigo está ahí, invisible y evasivo, y avanza. Esto requiere nuestra movilización general". "Sé que lo que les pido no tiene precedentes, pero las circunstancias lo exigen. Estamos en guerra", insistió Macron. Por este mismo motivo, decidió aplazar la segunda vuelta de las elecciones municipales cuya primera vuelta se había celebrado el día anterior, aunque no precisó hasta cuándo. "He decidido que la segunda vuelta de las elecciones municipales se posponga. El primer ministro informó hoy a los líderes de los partidos representados en el Parlamento de esta decisión, la cual ha sido acordada unánimemente". Indicó también la presentación inminente en Consejo de Ministros un proyecto de ley que permitiera al Gobierno dar una rápida respuesta a la actual urgencia, por decreto en caso de que sea necesario, y la suspensión de las reformas en curso, incluida la de las pensiones. La movilización estatal frente al COVID-19 también es económica. El presidente anunció la creación de un Fondo de Solidaridad para ayudar a los empresarios, comerciantes y artesanos, así como un "dispositivo excepcional" de aplazamiento de las cargas sociales y fiscales, además de una garantía del Estado de 300 000 millones de euros para los préstamos bancarios contraídos por las pequeñas empresas. Asimismo, tomó la decisión de facilitar a todos los trabajadores asalariados del sector privado el beneficio del sistema de "desempleo parcial" que les garantiza el cobro del 84% del sueldo.

El primer ministro anunció el 27 de marzo, cuando la cifra de víctimas mortales subió a 1 995, que con el acuerdo del presidente de la República el periodo de cuarentena obligatoria en todo el país se extendía hasta el 15 de abril. El 13 de abril, el presidente Macron anunció en un mensaje televisado que Francia permanecería en cuarentena hasta el 11 de mayo para combatir la pandemia de COVID-19. En su discurso, pareció no esquivar las acusaciones y admitió que el Estado no estaba lo suficientemente equipado para la emergencia sanitaria: "¿Estábamos preparados para esta crisis? A primera vista, no lo suficiente. Pero nos las arreglamos", aseguró. Añadió, con un tono esta vez menos bélico y más humilde, que "este momento, seamos honestos, ha revelado grietas, escasez. Como en todos los países del mundo, nos han faltado guantes, gel de manos, no hemos podido dar tantas máscaras como quisimos a nuestros profesionales de salud".

III. El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19: el estado de emergencia sanitaria

El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado desde el acenso al nivel 3 del plan ORSAN. Al inicio, fue por "*arrêtés*" o "decretos" del ministro de salud, conforme con lo que dispone el artículo L3131-1 del Código de Salud Pública. Luego, el Gobierno organizó la requisición de mascarillas mediante el Decreto 2020-247 del 13 de marzo de 2020. Asimismo, decidió establecer limitaciones a la libertad de circular mediante el Decreto 2020-260 del 16 de marzo de 2020 (1). Luego, la Ley 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la epidemia de COVID-19 ha creado y establecido el "estado de emergencia sanitaria" mientras que se abrogaban los decretos anteriores, plasmando su contenido en el nuevo marco legal (2).

1. *La limitación de los desplazamientos por los decretos 2020-260 y 2020-293*

Las limitaciones a la libertad de circular plasmadas en el Decreto 2020-260 fueron modificadas por el Decreto 2020-293 del 23 de marzo de 2020 estableciendo las medidas generales necesarias para luchar contra el COVID-19 en el marco del concepto legal de estado de emergencia sanitaria. Desde entonces, y al menos hasta el 11 de mayo, las autoridades prohíben cualquier desplazamiento fuera del domicilio o lugar de hospedaje,

excepto en los siguientes casos, en los que se deberá presentar un certificado: 1) trayectos entre casa y lugar de trabajo cuando el teletrabajo no sea posible; 2) trayectos para hacer compras esenciales en tiendas locales autorizadas; 3) visitas a un profesional de la salud; 4) salidas por motivo familiar imperioso, para asistir a personas vulnerables o cuidar a niños; 5) para realizar actividades físicas individuales y de corta duración cerca de su domicilio (solo una vez al día, a menos de 1 km de distancia de su domicilio y durante máximo 1 hora, indicando la fecha y hora de salida en su certificado); 6) convocación administrativa o judicial, y 7) participación a misiones de interés general solicitadas por la autoridad administrativa. Cabe añadir que el Consejo de Estado (máxima jurisdicción del contencioso administrativo) ha rechazado el recurso de urgencia mediante el cual el Sindicato de los Jóvenes Médicos exigía un confinamiento total de la población (CE, Ordenanza del 22 de marzo de 2020 439674).

2. *Ley 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia sanitaria*

A. *El nuevo dispositivo provisional del "estado de emergencia sanitaria"*

El titulo 1º de la ley establece un dispositivo de "*état d'urgence sanitaire*" al lado del estado de emergencia de derecho común tal como viene previsto por la ley del 3 de abril de 1955. Las disposiciones de este dispositivo provisional son vigentes hasta el 1o. de abril de 2021 y vienen codificadas en los artículos L3131-12 y ss. del Código de Salud Pública (CSP). Con esta ley, se trata de "reforzar las bases legales" sobre las cuales se basaban hasta entonces las medidas gubernamentales tomadas en el marco de la crisis sanitaria. El estado de emergencia sanitaria se declara mediante decreto tomado en Consejo de ministros sobre la base de un dictamen del ministro de salud y se publican los elementos científicos que lo han motivado (artículo L3131-13 CSP). Su prolongación tras un mes debe ser autorizada por una ley que fija su duración (artículo L3131-14). Sin embargo, a título excepcional, se ha declarado el estado de emergencia sanitaria para dos meses, o sea hasta el 24 de mayo 2020. La Ley del 11 de mayo de 2020 ha prorrogado el estado de emergencia sanitaria hasta el 10 de julio de 2020.

Sobre la base de este estado de emergencia, el primer ministro puede por decreto tomar toda una serie de medidas previstas por la ley como imponer un confinamiento domiciliario, requisiciones, prohibir agrupaciones, controlar los precios de algunos productos, autorizar el uso de medicamen-

tos, o establecer todo tipo de límites reglamentarios a la libertad de empresa. Asimismo, el ministro de salud puede también tomar medidas generales o individuales, y los prefectos (representante a nivel local del Gobierno) pueden ser habilitados para las medidas locales de aplicación. Cabe añadir que todas estas medidas deben ser motivadas por la crisis sanitaria y proporcionadas a los riesgos involucrados, mientras que se puede atacarlas mediante un "recurso suspensión" (*"référé suspension"*) o un "recurso libertad" *("référé liberté")* ante el juez de lo contencioso administrativo. Cuando se proclama el estado de emergencia sanitaria, debe reunirse un comité científico (art. L3131-19). De este modo, se da una base legal al comité que se había creado el 11 de marzo del 2020 para informar la decisión pública en la gestión de la actual situación sanitaria.

En lo que se refiere a la restricción de desplazamientos y al confinamiento, el articulo L3136-1 CSP establece sanciones en caso de violación de las prohibiciones u obligaciones establecidas durante la crisis sanitaria: una multa de 135€ para la primera violación (subida a 375€ en caso de no pagarla en 45 días); multa de 1 500€ en caso de recurrencia en los 15 días; y hasta 6 meses de cárcel en caso de recurrencia múltiple en un periodo de 30 días. Lamentablemente, se han registrado varios abusos por parte de los cuerpos de policía, manifestando así una falta de instrucciones jerárquicas: multas impuestas en el caso de salidas a comercios autorizados (en especial panadería o quiosco de periódicos), de salidas por motivo familiar imperioso (caso de un pariente en fase terminal), intervención de policías armados en iglesias parisinas cuyos sacerdotes, conforme con las exigencias legales, celebraban a puerta cerrada misas transmitidas por los medios digitales, o, al contrario, instrucciones pidiendo a los cuerpos de policía interviniendo en Calvados permitir en el periodo del ramadán que los fieles pudieran reunirse tras la ruptura del ayuno diario, estas dos últimas actuaciones manifestando a la vez una violación caracterizada del marco jurídico del estado de emergencia sanitario, como del principio constitucional de laicidad.

B. *Las disposiciones relativas a la segunda vuelta de las elecciones municipales*

El artículo 19 de la ley pospone la segunda vuelta de las elecciones municipales, que hubieran tenido que celebrase en 5 000 municipios el 22 de marzo del 2020, "a más tardar en junio 2020". Antes del 23 de mayo del 2020, el Gobierno deberá remitir al Parlamento un dictamen del comité científico de gestión de la crisis sanitaria (ver *infra*) con su opinión sobre la posibilidad de organizar los comicios para la fecha contemplada. En caso de

que la segunda vuelta no pueda tener lugar en junio, se prolongará el mandato de los concejales para una duración fijada por ley. En este supuesto, quedarán cancelados los resultados de la primera vuelta del 15 de marzo y se volverá a iniciar de nuevo todo el trámite electoral. Finalmente, gracias a la evolución en sentido positivo de la emergencia sanitaria, el decreto núm. 2020-642 del 27 de mayo de 2020 ha fijado la segunda vuelta de las elecciones municipales para el 28 de junio de 2020.

C. *Las medidas de emergencia económica y de adaptación a la lucha contra la epidemia*

El artículo 11 de la Ley 2020-290 autoriza al Gobierno a tomar mediante las ordenanzas del art. 38 de la Constitución, hasta el 24 de julio de 2020, medidas en materia que constitucionalmente pertenecen al ámbito de la ley. Estas medidas, autorizadas por unas 43 habilitaciones de ordenanzas, se refieren principalmente a las ayudas económicas en favor de las empresas, a la adaptación del derecho laboral, de las indemnizaciones para los empleados despedidos, de adaptar los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, de disminuir las obligaciones tributarias, facilitar las modalidades de guardería infantil, adaptar el calendario presupuestario de los entes locales, o, por ejemplo, de permitir la difusión mediante video de película antes del periodo de 4 meses de proyección en cines.

Acerca de las adaptaciones de los procedimientos jurisdiccionales, cabe indicar que la Ley viene a reforzar la base de la circular que el ministro de justicia emitió el 14 de marzo tras las declaraciones del presidente de la República y del primer ministro. Esta circular relativa a adaptación de la actividad penal y civil de los tribunales a las medidas de prevención y de lucha contra la pandemia, establece la reducción de la actividad jurisdiccional, manteniendo solo el "contencioso esencial", a saber los servicios de urgencias penales y civiles de los tribunales. Conviene añadir que la suspensión de la actividad jurisdiccional ha abierto un debate polémico aún más con la publicación de un pronunciamiento en el periódico digital *Mediapart*[3] de tres abogados parisinos que denuncian que "la justicia haya desaparecido puesto que ya no hay jueces para pronunciarla", acusando a estos últimos de "esconderse" en vez "de intervenir en la emergencia para salvar a familias que el confinamiento destruye, proteger a los niños violentados", con-

[3] Tricaud, Dominique *et al.*, "La justice a disparu et les juges ont déserté", *Médiapart*, París, 22 de abril de 2020.

cluyendo que "los magistrados nunca nos han acostumbrado a una valentía excesiva en periodos negros".

Para terminar, es necesario indicar que la Ley orgánica 2020-365 del 30 de marzo de 2020 de emergencia frente a la epidemia de COVID-19 establece que se suspende hasta el 30 de junio de 2020 el plazo de 3 meses para la transmisión por parte de la Corte de casación y del Consejo de Estado, puesto que ya no pueden reunirse en formación colegial, de una cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo constitucional; así como el plazo de 3 meses durante el cual el Consejo constitucional debe pronunciarse sobre una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

IV. Crisis sanitaria y posturas ideológicas: docencia "online", falta de mascarillas y ausencia de control sanitario en las fronteras

El vocablo de "ideología" acepta varios sentidos, unos positivos, y otros peyorativos. Cabe recordar que este vocablo pertenece al registro de la filosofía y que fue creado por Antoine Destutt de Tracy (nacido el 20 de julio 1754 en París donde murió el 9 de marzo de 1836) para, como lo señala el *Diccionario de la lengua española*, caracterizar la doctrina filosófica concentrada en el estudio del origen de las ideas.[4] Asimismo puede evocar un conjunto más o menos coherente de ideas, creencias, y de doctrinas filosóficas, religiosas, políticas, económicas y sociales propias de una época. En este sentido se nombra a las ideologías revolucionaria, socialista, reaccionaria, nacionalista o progresista. En cambio, y así pasa a su significado despectivo, la ideología puede volverse propaganda cuando da lugar a "la transmisión automática de fórmulas magnetizadas por una pasión motivada por el odio, y que toma cuerpo siempre que se ejerza contra cierta categoría social". En este sentido se habla, por ejemplo, de ideología oficial o racista. Para terminar, ideología puede también dar lugar a "teoría vaga y nebulosa, basada sobre ideas vacías y abstractas, sin relación con los hechos reales". Así, la ideología se hace utopía, sueño e idealismo ingenuo.[5] Esta precisión terminológica hecha, y teniendo en la mente los distintos sentidos que puede adoptar el vocablo de ideología, salta a la vista que el periodo de emergencia sanitaria que nuestras sociedades acaban de conocer ha ofrecido el

[4] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1984, t. II, p. 754.

[5] Véase la definición del Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), voz "idéologie", disponible en: *https://www.cnrtl.fr/definition/id%C3%A9ologie//0*.

pretexto idóneo para permitir al sector neoliberal adelantar la aplicación de su programa ideológico a algunos sectores hasta entonces resistentes —como el de la educación y de la universidad (1)—, mientras que se han manifestado, en la decisiones o posturas de los gobernantes, los efectos del mismo especialmente en lo que se refiere a la política sanitaria con la reserva estratégica de mascarillas (2) y a la política aduanera con la ausencia de control sanitario (3).

1. *Crisis sanitaria y docencia virtual*

Para ilustrar el adelanto, a raíz de la crisis sanitaria, de la aplicación del programa ideológico de corte neoliberal a algunos sectores hasta entonces resistentes —por lo menos en Francia—, basta con referirse a la idea de imponer, más allá de lo razonable, el principio del "*e-learning*" que desde la crisis financiera del 2008 es la variable de ajuste económico del modelo privado de universidad norteamericana. Desde luego, esta voluntad de llegar, para utilizar la fórmula de Wendy Brown, a una "universidad neoliberalizada"[6] convoca un modelo de relaciones universitarias, y por ende humanas, que es a la vez —como lo dice el filósofo Régis Debray acerca del sinfronterismo—[7] un *economismo*, un *tecnicismo*, un *absolutismo* y también un *imperialismo* por la "tiranía de los métricos"[8] propios de los "rankings" internacionales a los cuales se somete. Sin embargo, como ponen de manifiesto Carlos Fernández Liria, Olga García y Enrique Galindo en *Escuela o barbarie*,[9] "la Universidad tiene que subordinarse a la verdad, al conocimiento y al bien común, no a la amalgama de intereses, muchos de ellos superfluos y espurios, que presiden el conjunto de relaciones sociales y económicas fuera de sus muros".[10]

---

[6] Brown, Wendy, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Steath Revolution*, Nueva York, Zone Books, 2015, traducción francesa por J. Vidal, *Défaire le dèmos. Le néolibéralisme, une révolution furtive*, Editions Amsterdam, París, 2018, p. 204.

[7] Debray, Régis, *Eloge des frontières*, París, Gallimard, 2010, traducción castellana por D. Debris-Oliva y J. A. Vila, *Elogio de las fronteras*, Barcelona, Gedisa, 2016, pp. 84 y ss.

[8] Muller, Jerry Z., *The Tyranny of Metrics*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2018. Véase también Supiot, Alain, *La Gouvernance par les nombres (Cours au Collège de France, 2012-2014)*, París, Fayard, 2015.

[9] Fernández Liria, Carlos *et al.*, *Escuela o barbarie: entre el neoliberalismo salvaje y el delirio de la izquierda,* Tres Cantos, Akal, 2017.

[10] Citado por Moreno González, Gabriel, "El peligro de la docencia online como norma", *elDiario.es,* 27 de abril de 2020, disponible en: *https://www.eldiario.es/contrapoder/peligro-docencia-online-norma_132_5950625.html.*

Así que lo subraya Gabriel Moreno González en su reflexión sobre el peligro de establecer, so pretexto del contexto de emergencia sanitaria, la docencia "en línea" como norma, esta estrategia de "adaptabilidad" no es nueva ya que "lleva fraguándose desde la irrupción neoliberal de los años setenta y que ya ha deteriorado hasta extremos insospechados a nuestro sistema público (Ley Orgánica General del Sistema Educativo y Plan Bolonia mediante)".[11] En su ensayo *Civilización: Como nos hemos vuelto estadounidense*, el filósofo Régis Debray ya había opinado lo mismo acerca de las declaraciones de la Sorbona y de Boloña y de la consecuente introducción en el sistema universitario francés del modelo "*graduate*" y "*postgraduate*", del remplazo de los trimestres por la semestralización de la docencia y de la adopción de los ECTS o "*European Credits Transfer System*" para llegar a un mejor reconocimiento internacional de universidades que, solo para citar a la Sorbona o a Boloña, gozan de una tradición académica multisecular.[12] Este fenómeno se ha dado también a conocer en México con la reforma educativa de febrero de 2013 que implicó unas transformaciones jurídicas indicadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con fin de logar el "objetivo gubernamental y propagandístico [de] la llamada evaluación del sistema educativo nacional para que este sea de 'calidad'".[13]

Como lo ha explicado Gabriel Moreno González,

> la centralidad de lo online culminaría esa obsesión neopedagógica y neoliberal por la adaptabilidad y la flexibilidad, al ser los medios digitales los principales impulsores y receptáculos, por su propia naturaleza, de tales exigencias flexibilizadoras. Frente a la reflexión pausada, estática, consciente y concentrada que otorga el estudio sereno de los textos o de las lecciones de un profesor, la jerga pedagógica que sufrimos desde hace décadas prima el dinamismo, las *flipped classroom*, las competencias y los proyectos, todo bien aderezado por *smartphones*, *tablets*, *power points* con colorines y flechitas (la lista de nuevos fetichismos es interminable...).[14]

De la misma manera, Nuccio Ordine, profesor de literatura en la Universidad de Calabria, ha sostenido con firmeza que "ninguna plataforma

---

[11] *Idem.*

[12] Debray, Régis, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, París, Gallimard, 2017, p. 97.

[13] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 124-128.

[14] Moreno González, Gabriel, "El peligro de la docencia online como norma", *cit.*

digital puede cambiar la vida de un estudiante, solo los buenos profesores pueden hacerlo". Y ha añadido que solo pueden hacerlo mediante "la vida comunitaria" y con "los rituales que regulan los encuentros entre profesores y alumnos en las aulas", estas siendo las condiciones *sine qua non* para que se realice la transmisión del saber y la formación auténtica del estudiante.

¿Por qué el humanista y filósofo italiano hizo esta profesión de fe a favor de una Universidad auténticamente "presencial" y no "virtual"? La razón es sencilla: vio como la ideología de corte neoliberal de la docencia virtual pretendía imponerse a largo plazo so pretexto de la crisis sanitaria que la hace necesaria en esta situación:

> Quisiera dar una voz de alarma. Me inspiran terror los elogios que están propagando en estas semanas los cantores de lo virtual y de la enseñanza telemática. Ese es un peligroso caballo de Troya para mí, que, aprovechando la pandemia, trata astutamente de derribar los últimos baluartes de nuestra intimidad y de la enseñanza. No hablo, claro, de la situación de emergencia. Ahora es inevitable adaptarse a lo virtual para salvar el curso del desastre.[15]

En realidad, los que preocupan Nuccio Ordine son "quienes consideran el coronavirus como una oportunidad para dar el tan esperado salto adelante. Afirman que ya no podremos volver a la educación tradicional, o que, a lo sumo, tenemos que imaginar una didáctica híbrida, con algunas clases en las aulas y otras a distancia".

El filósofo italiano Giorgio Agamben ha destacado también el elemento ideológico que opera a favor de la transformación numérica de la universidad —por cierto, las universidades francesas tienen desde hace unos años un "vice-rector encargado de la transformación numérica de la universidad"—,[16] y la voluntad de acelerarla aprovechándose para ello del actual contexto sanitario:

> Es posible, dada la inconsistencia ética de nuestros gobernantes, que estas disposiciones se dicten en quienes las han tomado por el mismo temor que pretenden provocar, pero es difícil no pensar que la situación que crean es exactamente la que los que nos gobiernan han tratado de realizar repetida-

[15] Ordine, Nuccio, "Solo los buenos profesores pueden cambiar la vida de un estudiante", 20 de mayo de 2020, BBVA aprendemos juntos y *El País*, disponible en: *https://aprendemosjuntos.elpais.com/especial/solo-los-buenos-profesores-pueden-cambiar-la-vida-de-un-estudiante-nuccio-ordine/v/solo-los-buenos-profesores-pueden-cambiar-la-vida-de-un-estudiante*

[16] Estos vicerrectores encargados de la transformación numérica de la Universidad están reunidos en una "Association des Vice-Présidents en charge du numérique dans l'enseignement supérieur", disponible en: *http://vpnum.fr.*

> mente: que las universidades y las escuelas se cierren de una vez por todas y que las lecciones solo se den en línea, que dejemos de reunirnos y hablar por razones políticas o culturales y solo intercambiemos mensajes digitales, que en la medida de lo posible las máquinas sustituyan todo contacto —todo contagio— entre los seres humanos.[17]

Actualizando su perspectiva, y subrayando que los gobernantes italianos —lo mismo vale para Francia— hablan del COVID-19 como si se trataría de una "guerra", Giorgio Agamben observa lo siguiente:

> Así como las guerras han dejado a la paz una herencia de nefastas tecnologías —desde el alambre de púas hasta las centrales nucleares—, es muy probable que se busque continuar después de la emergencia sanitaria con los experimentos que los gobiernos no hayan podido realizar antes: que se cierren las universidades y escuelas y se hagan clases solo on-line.[18]

Si a raíz de la presente crisis sanitaria el caballo de Troya *digital* pretende acelerar la transformación del sistema universitario público hacia lo numérico con un beneficio económico obvio para la Hacienda pública y realizar así unos recortes presupuestarios mayores, esta perspectiva economicista ha condicionado también, como veremos a continuación, la respuesta del Estado, y generado sus deficiencias, en materia de protección y control sanitario.

2. *Crisis sanitaria y ausencia de mascarillas*

Como lo pone de manifiesto el historiador Jerry Z. Muller "el ámbito medical es el sector en donde los métricos se han impuesto lo más radicalmente".[19] Desde luego, no es el único como lo hemos recordado con el sistema de "*ranking*" con el que se pretende ahora evaluar la excelencia académica de la universidad post-moderna en un contexto de recorte presupuestario para financiarla, ilustrando así el fenómeno llamado por el maestro italiano de la ciencia de las finanzas Amilcare Puviani como una

---

[17] Agamben, Giorgio, "Contagio", en Amadeo, Pablo (coord.), *Sopa de Wuhan*, ASPO, 2020, p. 33.

[18] Agamben, Giorgio, "Aclaraciones", en Amadeo, Pablo (coord.), *La Fiebre*, ASPO, 2020, pp. 255 y 256.

[19] Muller, Jerry Z., *The Tyranny of Metrics*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2018, traducción francesa por P. Hersant, *La tyrannie des métriques*, Ginebra, Éditions Markus Haller, 2020, p. 111.

"ilusión financiera",[20] ya que, para resumirlo, la propaganda oficial no deja de reivindicar la excelencia de una universidad siempre que bajen la inversión presupuestaria en ella. De forma más general, y siguiendo a Ludolfo Paramio, el modelo neoliberal

> se ha caracterizado por promover el recorte de impuestos, la reducción de los servicios públicos, el acoso a los sindicatos, y a lo que representan, y por impulsar la ilusión de que la prosperidad de todos depende de que los más ricos aumenten sus ingresos, alejándose cada vez más del ingreso medio, y del acceso a través del mercado a los servicios que en el modelo socialdemócrata de sociedad constituyen servicios públicos universales. La desigualdad como principio de progreso social sustituye a la visión de una sociedad cohesionada, con buena calidad de vida para todos, y capaz de competir económicamente por la inversión en educación, sanidad e infraestructura.[21]

Si fuera necesario, lo dicho viene demostrado por la desaparición, motivada por razones presupuestarias dictadas por una determinada concepción ideológica del liberalismo económico,[22] de la reserva estratégica de mascarillas que había constituido el Estado francés hace apenas unos 15 años.

Por motivo de la epizootia de gripe aviar y la amenaza pandémica relacionada con el virus H5NI, el Estado, bajo el impulso decisivo del presidente Chirac, había constituido en 2005 un stock estratégico de mascarillas. Como bien acaba de explicarlo la Academia Nacional de Medicina en su dictamen sobre *Mascarillas y COVID-19* del 22 de marzo de 2020,[23] el stock de mascarillas quirúrgicas y FFP2 fue financiado entre 2005 y 2009 por el Estado y el Seguro Social Público. Además, mediante el lanzamiento de compras públicas, el Estado había fomentado un tejido industrial francés de producción de mascarillas.

---

[20] Puviani, Amilcare, *Teoria della illusione finanziaria*, Milán-Palermo-Nápoles, Remo Sandron-Editor, 1903.

[21] Paramio, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Catarata, 2009, pp. 52 y 53. Véase también Cárdenas Gracia, Jaime, "Las características jurídicas del neoliberalismo", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, México, enero-junio de 2015, p. 8.

[22] Como lo recuerda Jaime Cárdenas Gracia (*Las características jurídicas del neoliberalismo, cit.*, p. 39) en el caso de México "por lo que ve a la salud, los gobiernos han hecho decrecer el gasto. En 1980 se destinaba para gasto en salud el 3.4%, en 1983 el 2.8% del PIB, en 1988 el 2.2%, y en 2000 el gasto fue de 2.6%.6". Véase sobre este punto Ugalde, Antonio y Homedes, Nuria, "Las reformas neoliberales del sector de la salud: déficit gerencial y alienación del recurso humano en América Latina", *Revista Panamericana de Salud Pública-Pan-Am J. Public Health*, vol. 17, núm. 3, 2005, p. 207.

[23] Académie Nationale de Médecine, *Masques et COVID-19*, París, 22 de marzo de 2020.

Cuando inició en abril del 2009 la pandemia mundial provocada por el virus H1N1, el Estado tenía una reserva de 1 000 millones de mascarillas quirúrgicas y de 700 millones de mascarillas FFP2, lo que iba más allá de las cantidades que se habían evaluado en aquella época. El valor del stock se había evaluado en mayo del 2010 a 251 millones de euros. Sin embargo, a partir del 2003, bajo el Gobierno socialista del presidente Hollande, el Estado decidió desinteresarse de la gestión del stock de tal manera que estableciendo que, por un lado, a partir de entonces correspondía a los empleadores del sector sanitario organizar la compra de mascarillas FFP2, mientras que, por otro lado, el ente estatal (*Santé Publique France*) encargado del stock de mascarillas quirúrgicas no comunicaba en su dictamen anual de actividades cuál era su nivel.

Así las cosas, cuando empezó la actual pandemia, las autoridades pensaban contar con esta reserva estratégica y con el nivel cuantitativo que indicaban los dictámenes iniciales. No obstante, el actual ministro de salud tuvo que reconocer rápidamente que por decisiones políticas anteriores, el Estado había eliminado su stock de mascarillas FFP2, mientras que la cantidad de mascarillas quirúrgicas había bajado a solo 145 millones. De hecho, una parte de las 616 millones de mascarillas adquiridas por el Estado entre 2005-2006 fue destruida entre 2017 y 2019. Incluso a finales de 2019, o sea cuando ya se había declarado el brote de COVID-19 en China, se seguía destruyendo la parte de mascarillas cuya fecha de vencimiento acaba de expirar, aunque el primer ministro declaro que la administración había logrado salvar de la destrucción mascarillas vencidas a finales de 2019, pero que todavía se podían usar en la primavera de 2020.

Más allá de la pésima gestión de la reserva estatal, lo fundamental es que desde los años 2000 la situación económica había cambiado de forma estructural. Como consecuencia, por una parte, de la falta de renovación de la reserva estratégica motivada por la política neoliberal de recortes presupuestarios y sabiendo, por otra parte, que el sistema económico neoliberal se caracteriza por "desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria y privatizar las empresas estatales", y que específicamente, sus tendencias económicas se caracterizan por el

> desmantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades... reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas,[24]

[24] Cárdenas Gracia, Jaime, "Las características jurídicas del neoliberalismo", *cit.*, p. 7.

las autoridades públicas nunca han logrado desde la declaración del estado de emergencia sanitaria reconstituir la reserva no solo para equipar de mascarillas a los ciudadanos o trabajadores, sino también para distribuirla al único personal sanitario. En efecto, con el cese de las compras públicas de mascarillas para alimentar y renovar la reserva estratégica, las empresas que las producían en el territorio nacional cerraron sus fábricas para deslocalizarlas en Asia. La justificación de este nuevo circuito de producción es meramente economicista: por un lado, se ahorra el gasto publico generado por la compra de mascarillas producidas localmente y sin necesidad de uso inmediato mientras que, por otro lado, la localización de la producción en países con bajo costo laboral y fiscal permitirá, en caso de necesidad, su compra según las condiciones óptimas del mercado.

Con la pérdida de soberanía industrial que implica el modelo de mercado mundializado o globalizado —está siendo, como lo señala Jaime Cárdenas Gracia una de las características del neoliberalismo—,[25] el gobierno francés, como muchos otros, no tuvo otra solución que la de establecer un confinamiento y obligado. En efecto, al no tener reserva suficiente para brindar mascarillas a la población, ni, por las mismas razones, someterla a pruebas o "tests" para identificar a los casos positivos al COVID-19 y, de esta manera, permitir su aislamiento para limitar el contagio, la respuesta de las autoridades no podía ser otra que el famoso "quédate en casa" o encierro generalizado.

Desde luego, intentar solucionar una crisis sanitaria por una crisis generada por la parálisis de la actividad económica y social —que a su vez tendrá consecuencia a nivel sanitario— no es nada satisfactorio. Y tal solución no deja de ser problemática desde la perspectiva de las libertades fundamentales que han sufrido unas restricciones desproporcionadas con una base constitucional y legal no pocas veces dudosa. Como lo ha escrito el administrativista francés Paul Cassia, con el confinamiento generalizado, no se ha realizado otra cosa que "casi 70 millones de privaciones arbitrarias de libertad",[26] violando así el artículo 66 de la Constitución francesa según el cual "Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley". No obstante la previsión constitucional de esta tutela judicial, la ley del 23 de marzo de 2020 estableciendo un régimen

[25] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, *cit.*, p. 27.

[26] Cassia, Paul, "Le confinement: 67 millions de privations arbitraires de liberté", *Libération*, 12 de mayo de 2020.

excepcional de policía en el marco del estado de emergencia sanitaria ha introducido, en el artículo L. 3131-15 del Código de la Salud Publica, la disposición mediante la cual el jefe del Gobierno puede "prohibir a las personas salir de su domicilio, bajo reserva a sus desplazamientos estrictamente indispensables a las necesidades familiares o de salud".

Si las medidas liberticidas plantean un problema obvio por las violaciones a los Derechos fundamentales constitucionalmente tutelados que implican, el confinamiento generalizado plantea también la cuestión de su eficacia científica, lo que importa a la hora de medir la proporcionalidad y adecuación de dicha solución a la situación sanitaria. Como lo ha explicado el profesor Didier Raoult, médico, epidemiólogo y director del Instituto hospitalo-universitario en enfermedades infecciosas de Marsella (*IHU Méditerranée Infection*), la historia de la ciencia de las infecciones enseña que jamás ha funcionado este método que nos hace básicamente volver a la edad media.[27] De hecho, en Marsella, se aplicó desde la época baja de la edad media este método sin jamás obtener el resultado esperado. También, se confinó a la población en 1884 para luchar contra el cólera y no funcionó.[28] En cambio, lo que si funciona es el método de la "cuarentena biológica" que permite, siempre que hayan mascarillas y pruebas o tests, separar la gente infectada de la gente que no lo es, solución que parece desde luego más conforme con el espíritu de nuestros Estados de derecho y su contenido material. Al contrario, confinar en su domicilio o condominio a toda la población, y por lo tanto a personas infectadas, pero que con la ausencia de prueba no lo saben, ni se pueden proteger con la falta de mascarillas, con otras personas sanas no deja de ser, en palabras de Raoult, "un método extraño", y un medio muy eficaz de propagación del virus.

Con la pérdida de soberanía industrial del Estado del bienestar, se ha asistido a la incapacidad de varios Gobiernos, como el francés, de equipar a su población de protección sanitaria suficiente y de generalizar tests o pruebas masivas, cuando apenas unos 10 o 15 años antes la respuesta estatal hubiera sido masiva y eficiente. Por lo tanto, no hubo otra solución que aplicar la que los propios gobiernos de corte liberal como el francés se habían negado en primer tiempo aplicar: paralizar totalmente la vida económica y social, respondiendo así a una crisis sanitaria por una crisis económica y social cuyos efectos sanitarios son también, como ya se lo anticipa,

---

[27] Raoult, Didier, *Epidémies: vrais dangers et fausses alertes (De la grippe aviaire au COVID-19)*, Neuilly-sur-Seine, Michel Lafon, 2020, p. 115.

[28] Raoult, Didier, "Laissons les médecins libres de soigner", *Le Figaro magazine*, 3 de abril de 2020, p. 32.

inevitables (aumento de peso y de problemas cardiovasculares, estado de malestar y depresión, imposibilidad para los desempleados de acceder a los servicios medicales, etcétera). Si la pérdida de soberanía industrial es una clara consecuencia del modelo jurídico-económico neoliberal, este último, y la ideología *sinfronterista* que vincula, ha impedido también al Estado, como veremos a continuación, utilizar el último instrumento —el de la frontera— que hubiera permitido frenar la introducción del coronavirus de Wuhan en el territorio nacional, y de esta manera limitar el colapso de enfermos por COVID-19 en los servicios de reanimación de los hospitales.

3. *Crisis sanitaria y sinfronterismo*

El fenómeno liberal constituye, así que lo ha demostrado en su obra el filósofo e historiador Jean-Claude Michéa, un hecho *integral* en este sentido que su elemento económico se combina con su elemento cultural, y desde hace varias décadas su programa es metódicamente aplicado, en Francia como en otros Estados, tanto por gobiernos de derecha como de izquierda.[29] En cuanto al aspecto económico del neoliberalismo, este se caracteriza, según Jaime Cárdenas Gracia, "por desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria", y específicamente por la "reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de plantilla laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas".[30] Ya hemos visto anteriormente que la aplicación de esta orientación ha generado un problema mayor cuando el Estado, una vez el estado de emergencia sanitaria declarado, ha intentado buscar con mucha dificultad mascarillas y dispositivos de pruebas o tests en el mercado económico globalizado. Sin embargo, lo importante es ver ahora que "el liberalismo integralmente desarrollado es, por supuesto, incompatible con cualquier idea de frontera o de identidad nacional".[31] De ahí también que en general el modelo neoliberal ha significado la "pérdida de soberanía nacional".[32]

---

[29] Michéa, Jean-Claude, *Les mystères de la Gauche*, París, Flammarion, 2014, pp. 22 y 23.

[30] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, *cit.*, p. 7.

[31] Michéa, Jean-Claude, *Les mystères de la Gauche*, *cit.*, pp. 51, 115 y 116.

[32] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, *cit.*, pp. 26 y 27. Asimismo, el autor observa (*ibidem,* p. 7) que "los marcos jurídicos de los Estados se construyen entonces para favorecer a los grandes intereses económicos nacionales y mundiales por encima de los intereses y los derechos humanos de la población. Los gobiernos de los Estados en el modelo

En una época donde reina el famoso "hoy en día, ya no hay límites",[33] el brote del COVID-19 ha enseñado que los Gobiernos liberales, como el francés, se han negado desde el inicio a aceptar que la frontera pueda todavía ser una herramienta útil para por ejemplo regular el flujo de personas, estableciendo incluso unos controles sanitarios que son ahora más necesarios que nunca. Y tras haberse negado durante varias semanas, por sostener una mera postura ideológica "sinfronterista", a establecer el más mínimo control sanitario, y haber criticado a los demás Estados europeos que tomaron este tipo de medida, el Gobierno francés no tuvo más solución que rendirse a lo impensable : el cierre *de facto* de las fronteras.

Desde el inicio de la pandemia, la posición del Gobierno francés, conforme con el dogma neoliberal de una libertad absoluta de circulación, era muy clara. La resumió el presidente Macron en su declaración por televisión del 12 de marzo cuando llamó a "evitar el repliegue nacionalista" frente a un virus que "no tiene fronteras, ni pasaporte". No obstante, con la ausencia de control sanitario en las fronteras, no se pudo detectar a los viajantes que llegaban al territorio nacional, por lo cual la fase 1 del plan ORSAN nunca permitió limitar la introducción del virus en Francia. Así, el Gobierno, cuando admitió, al activar la fase 2 del plan ORSAN el 29 de febrero, que la presencia del virus en el territorio no tuvo otro remedio que reconocer esta situación ya no justificaba confinar a los viajantes que volvían de las zonas de riesgo como China e Italia. Lo que iba a exigir a corto plazo, con la consiguiente explosión del brote, la drástica medida del confinamiento generalizado.

Es cierto que a la sorpresa general, el Gobierno tampoco había suspendido, por ejemplo, el partido de futbol celebrado en Lyon el 26 de febrero con la asistencia de varios miles de "tifosi" de la Juventus de Torino, mientras no había suspendido —y nunca lo hará— los medios de transporte aéreo o por ferrocarril con los focos epidémicos extranjeros, ni siquiera sometido a un mínimo control sanitario los pasajeros que llegaban desde estos focos a Francia. Sin embargo, y como lo dijo el director general de Salud, el profesor de medicina Jerôme Salomon, en su rueda de prensa del 14 de marzo, si "el virus no circula en Francia, son los hombres y la mujeres quienes lo hacen circular", anunciando así las inevitables medidas que se iban a imponer para limitar el libre tráfico de personas. Si bien es cierto que podría resultar chocante defender las fronteras o, para ser preciso, el debi-

neoliberal de la globalización buscan seguir la pauta que señalan las grandes potencias y sus corporaciones".

[33] Debray, Régis, *Elogio de las fronteras*, *cit*., p. 79.

do control sanitario que permiten, en una época donde impera más bien su desprecio, Regis Debray ha explicado que como "la piel no es un muro sino un filtro que regula los intercambios entre lo de dentro y lo de fuera, la frontera es, por tanto, la piel de las sociedades".[34] Tal vez sea aquí necesario hacer una breve referencia biográfica sobre Debray ya que su posición en la materia revela la evolución del sector de la izquierda de los años 1960 a la que perteneció desde el internacionalismo hacia la defensa de la soberanía nacional.

El filósofo Régis Debray (nacido en París en 1940) es egresado de la prestigiosa Escuela Normal Superior de París. Influenciado por los pensadores marxistas, especialmente por Louis Althusser, viajó a Cuba en 1960, tras la Revolución cubana, donde se reunió con Fidel Castro y el Che Guevara, siguiendo este último en Bolivia en el movimiento guerrillero que intentó derrocar a René Barrientos.[35] Hecho preso por el ejército boliviano en Muyupampa, fue juzgado y condenado a 30 años de prisión en 1967. Después de una campaña internacional promovida por Jean-Paul Sartre, fue amnistiado por el nuevo presidente Juan José Torres y liberado en 1970. Tras su liberación, viajó a Chile, donde conoció y entrevistó al presidente Salvador Allende.[36] Dedicó sus primeras obras fueron a la defensa de los grupos guerrilleros pensando que ellos pondrían fin al imperialismo en Latinoamérica.[37] La muerte del presidente chileno durante el golpe de Estado de 1973 hizo cambiarlo de orientación en su pensamiento sobre los límites de la teoría revolucionaria.[38] Al inicio de los años 1980, se afilió al Partido Socialista francés y El presidente François Mitterrand lo nombró asesor de políticas exteriores para el Tercer Mundo. Cuando en 1988 Mitterrand fue reelecto para su segundo mandato presidencial, Debray decidió alejarse definitivamente de la actividad política en razón de las diferencias ideológicas que existían entre él y Mitterrand. Llegado aquí, una pregunta salta a la vista: ¿Cómo es posible que un internacionalista como Debray, viajando entre Cuba, Bolivia y Chile, se haya vuelto en un ardiente defensor de la frontera? La respuesta es sencilla: su cambio intelectual en la materia viene de su re-

[34] Debray, Régis, "Si soy débil y mi vecino fuerte, una frontera reconoce nuestra igualdad de derechos", *El Mundo*, 14 de junio de 2016.

[35] Debray, Régis, *La guérilla du Che*, París, Seuil, 1996.

[36] Debray, Régis, *Entretiens avec Allende sur la situation au Chili*, París, Seuil, 1974.

[37] Debray, Régis, *Révolution dans révolution? Lutte armée et lutte politique en Amérique Latine*, París, François Maspero, 1967; *Essais sur l'Amérique Latine*, París, François Maspero, 1967.

[38] Debray, Régis, *Critique de la raison politique*, París, Gallimard, 1981.

flexión sobre los medios de llegar a la paz entre los israelíes y los palestinos. Estos últimos le hicieron en efecto ver que anhelaban una frontera:

> Para un internacionalista como yo, anhelar una frontera era algo absurdo, era anhelar un cierre, un aislamiento. Pero me hicieron ver que para ellos la frontera sería su liberación, porque iban a estar en su casa sin que un israelí pudiera entrar en cualquier momento del día o de la noche a arrestarlos. Hoy tienen un muro porque no tienen frontera... Vi entonces que la frontera podía ser una llave de la paz.[39]

Volviendo al tema de la ideología antifronterista que se ha manifestado claramente en los gobernantes liberales desde el inicio de la pandemia mundial de COVID-19, es conveniente citar a la representación mental que Debray se hace de ella, puesto que opina que "la frontera es la piel de las sociedades" y que, por lo tanto, es una protección política, económica, y también, conviene ahora añadir, sanitaria en lo que debería permitir evitar la introducción sin control de un riesgo bacteriológico en el territorio que protege. Más que nunca esta problemática debería ser de gran actualidad con los movimientos migratorios no o poco regulados que conocen en los últimos años diversos Estados de la Unión europea. Por ejemplo, si estos últimos —es el caso de Francia— se habían quedado libres de tuberculosis o, por lo menos, con muy pocos casos, es interesante ver, así que lo han explicado investigadores del Programa de Salud Internacional del Departamento de Enfermedades Infecciosas del Hospital Universitario Vall d'Hebron de la Universidad Autónoma de Barcelona, que las migraciones procedentes de "países con alta incidencia de tuberculosis... ha supuesto que la contribución de esta población a los nuevos casos de tuberculosis sea relativamente superior respecto al peso que representan en el conjunto de la población".[40]

Si fuera necesario ser más preciso acerca naturalmente del papel protector de la frontera, Debray argumenta que

---

[39] Rubio Rosell, Carlos, "Un muro es la negación de una frontera: Régis Debray", *Milenio*, 18 de junio de 2016.

[40] Sánchez-Montalvá, Adrián *et al.*, "Tuberculosis e inmigración", en *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, vol. 36. núm. 7, agosto-septiembre de 2018, pp. 446-455. Como lo señalan los autores, "Los programas de lucha contra la tuberculosis tienen que abordar los aspectos culturales, económicos y médicos de la enfermedad, e incidir especialmente en los grupos de riesgo, entre los que destaca la población inmigrante".

> interfaz polémica entre el organismo y el mundo exterior, la piel está tan lejos del telón hermético como la frontera digna de este nombre lo está del muro.[41] El muro impide el paso; la frontera lo regula. Decir de una frontera que es un colador es hacerle justicia: la frontera está ahí para filtrar. Un sistema vivo es un sistema termodinámico de intercambios con el medio terrestre, marítimo y social. Los poros hacen que la piel respire, como los puertos, las islas y los puentes, los ríos.[42]

Lo más curioso resulta todavía ser que el Estado Francés tenía preparado un "Plan de lucha contra una pandemia gripal" que había elaborado el Ministerio de Salud a finales de 2004 tras la crisis relacionada con la gripe aviar en Asia. Con varias actualizaciones en 2005 y 2007, una nueva versión preparada en el 2009 por el Secretariado General de Defensa y de Seguridad Nacional[43] del primer ministro advertía del riesgo de una potencial infección "debida a un virus de origen animal" y de la necesidad de una "acción rápida" y de "medidas drásticas para frenar su dinámica o proteger la población independientemente de la presencia o no de casos confirmados en el territorio en el territorio nacional".

Concretamente, este plan preconiza que cuando aparecía "en alguna parte del mundo una extensión de mayor amplitud de una enfermedad, con un número importante de síndrome gripal (superior a un centenar), con sospecha de extensión rápida (alta contagiosidad) y/o una gravedad clínica necesitando una hospitalización sensiblemente más frecuente que en caso de una gripe estacional", había inmediatamente que activar "el control fronterizo" e "interrumpir las llegadas y las salidas internacionales de pasajeros, especialmente aéreos, vectores de importación de epidemia". Tras la pandemia de gripe H1N1 en el 2009, se volvió a actualizar este plan en el 2011 y parece que se lo ha ignorado cuando empezó la actual pandemia

---

[41] Régis Debray ha en este sentido declarado en una entrevista en el Instituto Francés en Madrid (Rubio Rosell, Carlos, "Un muro es la negación de una frontera: Régis Debray", *ibid.*) que "hay que enseñarle las reglas del juego civilizado y contestarle que la frontera es lo contrario de un muro. El muro es un paso prohibido. La frontera es un paso regulado y controlado; pero es un pasaje, se puede ir y volver. La frontera es el reconocimiento de una soberanía: yo soy soberano, usted es soberano; reconozco su soberanía y tiene que reconocer mi soberanía. Una frontera está controlada por ambos lados. Si no, es un muro. Y un muro es la negación de una frontera. Los mexicanos tienen que abogar contra el muro y por la frontera", *https://www.milenio.com/cultura/un-muro-es-la-negacion-de-una-frontera-regis-debray*

[42] Debray, Régis, *Elogio de las fronteras*, *cit*., p. 42.

[43] Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale, *Plan national de prévention et de lutte "Pandémie grippale"*, 850/SGDSN/PSE/PSN, París, 2009 (2a. ed. en 2011), pp. 31-39.

a finales del año pasado. Sin embargo, la decisión terminó por aplicarse a nivel europeo cuando en su declaración televisada del 16 de marzo, el Presidente de la República se refirió a la decisión tomada con el resto de Estados miembros de la Unión Europea para frenar la expansión del virus: "A partir de mañana al mediodía, las fronteras de la entrada de la Unión Europea y el espacio Schengen estarán cerradas. Concretamente, todos los viajes entre países no europeos y la Unión Europea se suspenderán durante 30 días".

¿A qué se debe tanto atraso y falta de acción de las autoridades en establecer un control fronterizo que al final nunca fue activado? Otra vez, la respuesta se encuentra en el pensamiento de Debray cuando pone de manifiesto la existencia de "un círculo vicioso entre globalización capitalista, por un lado, y territorialización nacionalista por otro; es decir, la globalización como balcanización: la globalización tecno-económica, con las mismas normas estándar".[44] Dicho de otra manera, la ideología neoliberal toma en esta materia el nombre de "sinfronterismo" cuyas características son para Debray las siguientes:[45] 1) "Un *economismo*. Al abrazar el *global market*, al "internalizar" la economía de escala y de alcance, al consagrar la libre circulación de capitales, mercancías (y trabajadores), aunque supuesta y extrañamente excluya la de las violencias, un *aura* de buena voluntad y de comunidad de destinos disfraza de fraternidad a una multinacional"; 2) "Un *tecnicismo*. Una herramienta estándar no tiene latitud ni longitud"; 3) "Un *absolutismo*. El delincuente no interioriza la noción de límite. El profeta tampoco. Ni el pseudosabio. Estos tres pillos tienen en común que se extralimitan. Son peligrosos porque tienen respuesta a todo y en todas partes creen estar en casa"; 4) Un *imperialismo*. El imperio no se diferencia del reino por su masa geográfica, sino porque impone límites a otros, pero no a sí mismo". Sometido al dogma antifronterista, el Gobierno francés fue así incapaz de accionar la primera protección sanitaria identificada por las distintas versiones de los Planes de lucha contra una pandemia gripal elaborados por el Ministerio de Salud (2004, 2005 y 2007), y el Secretariado General de Defensa y de Seguridad Nacional del primer ministro (2009 y 2011).

V. Conclusiones

Desde luego, el problema democrático que ha surgido de las limitaciones de los derechos fundamentales por motivo de la emergencia sanitaria se

[44] Rubio Rosell, Carlos, "Un muro es la negación de una frontera: Régis Debray", *op. cit.*

[45] Debray, Régis, *Elogio de las fronteras*, *cit*., pp. 84-86.

ha planteado en términos iguales en varios países europeos y americanos. Pensamos aquí en España donde el debate sobre cómo las medidas contra la pandemia afectan a los derechos fundamentales ha llegado hasta el Tribunal Constitucional, provocando en su seno un intenso debate. La controversia se ha suscitado sobre qué debe prevalecer: ¿la protección de la salud pública o los derechos de reunión y manifestación? En su auto del 30 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimó la demanda de manifestación en Vigo el día 1 de mayo, al considerar que "no se dan las circunstancias que permitan el ejercicio del derecho de reunión por la situación de pandemia. La relación entre el derecho a la vida y el de reunión exige una ponderación por la que, ante la falta de las garantías de seguridad en una situación de máximo contagio, ha de primar el primer derecho". Así ha culminado en el país vecino un debate jurídico que ya había empezado con la entrada en vigor el 14 de marzo del estado de alarma. Desde entonces, todo un sector de la doctrina iuspublicista opina que el decreto de alarma afecta los derechos fundamentales de forma inédita en la democracia española.[46]

Asimismo, y esta vez en lo que se refiere a Argentina, Roberto Gargarella ha dicho acerca de la serie de medidas tomadas por el Gobierno nacional en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria lo siguiente: "Estamos viviendo en un estado de sitio *de facto* inaceptable según la Constitución".[47] En efecto, como bien lo aclaró, "los poderes de emergencia están previstos para reaccionar frente al terremoto que arrastró las

[46] En este sentido, Carlos Flores considera que "se han excedido todos límites desde el primer momento". La finalidad del estado de alarma debería facilitar la coordinación entre instituciones públicas (por ejemplo: actividades de los cuerpos policiales, compras de material sanitario), pero el decreto de alarma no puede limitar derechos fundamentales y aquí se "están afectando de forma inédita en nuestra democracia... No se está modulando su ejercicio, estamos ante una restricción de derechos hasta políticos... No podemos salir a la calle a manifestarnos, no podemos reunirnos, ni practicar una religión, ni hay libertad sindical ni libertad de empresa". En igual sentido, Carlos Ruiz Miguel recuerda que la paralización de la actividad económica "no está contemplada en el estado de alarma en ningún caso" y, sin embargo, en la práctica, se está prohibiéndola. Por lo tanto, ve en la declaración del estado de alarma "un disparate y nadie lo recurre. Una arbitrariedad absoluta, la voladura de todas las regla". Véase Villanueva, Nati, "Los juristas avisan: se están aplicando medidas propias del estado de excepción", *ABC*, 1 de abril de 2020.

[47] Gargarella, Roberto, "Estamos viviendo en un estado de sitio *de facto* inaceptable según la Constitución", *La Gaceta*, 17 de mayo de 2020, disponible en: *https://www.lagaceta.com.ar/nota/844440/actualidad/gargarella-estamos-viviendo-estado-sitio-facto-inaceptable-segun-constitucion.html.*

casas, no para gobernar dos meses de acuerdo a como se me ocurre. No hay emergencia sanitaria que justifique este proceder". Además, advirtió que

> el hecho de que muchas de las medidas que se han tomado gocen de cierta racionalidad y hasta de aquiescencia no las hace jurídicamente aceptables. Hay una violación de los requerimientos constitucionales y eso no es menor: a la luz de nuestra historia, no es una circunstancia que debamos tomar a la ligera.

Si la validez jurídica de estas medidas es cuestionable, su supuesta eficacia en términos sanitarios lo es también —así como lo explica el epidemiólogo Didier Raoult— y parece de nuevo obedecer a presupuestos ideológicos antes señalados.

Como bien lo observa el filósofo Jean-Claude Michéa en su ensayo sobre *Los misterios de la izquierda*, la cuestión que plantea al fin y al cabo este consenso político integrado y fomentado por la construcción de una Unión Europea también de corte neoliberal es

> saber si la conversión progresiva —desde hace más de treinta años— de la izquierda oficial (tanto en Francia como en todos los otros países occidentales) al culto del mercado competitivo, a la "competitividad" internacional de las empresas y al crecimiento ilimitado (y también —por supuesto— al liberalismo cultural que constituye sencillamente su lado "moral" y psicológico), manifiesta, como lo fue el pésimo paréntesis estalinista... O si, al contrario, esta conversión acelerada de la izquierda de los años 1970 al liberalismo económico, político y cultural no es otra cosa que la culminación lógica de un largo proceso cuya matriz venía ya escrita en el compromiso táctico negociado, desde finales del siglo XIX, por el movimiento obrero francés (compromiso, hay que subrayarlo, que ha terminado, con el tiempo, por formularse en todos los países europeos).[48]

Desde esta perspectiva, parece que el brote de coronavirus aparecido a finales de 2019 viene a plantear esta cuestión en términos más claros que nunca. La actual crisis ha puesto también de manifiesto las deficiencias en términos democráticos de las políticas neoliberales, especialmente con sus consecuencias presupuestarias en materia de educación, salud y sanidad.

Las consideraciones anteriores sobre el marco jurídico del estado de emergencia sanitaria, no solo en Francia, sino también en los demás países occidentales, plantea también la cuestión fundamental de las consecuencias

[48] Michéa, Jean-Claude, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

del "biopoder" —para utilizar un concepto diseñado por Michel Foucault[49] y actualizado por Giorgio Agamben—[50] sobre nuestras libertades constitucionales. Foucault utilizó las nociones de "biopoder" o "biopolítica" en los cursos que dictó en el año académico 1978-1979 en el Colegio de Francia. En sus lecciones, explicó como desde los años 1950 el *liberalismo* había mutado en *neoliberalismo*, y como este último estaba introduciéndose paulatinamente en el Estado keynesiano entonces hegemónico —para unos años más—, y "como numerosos países europeos habían empezado en los años 1960 a mezclar los principios neoliberales con el Estado de Bienestar".[51] De ahí que algunos de sus discípulos consideran que en estos cursos Foucault puso en relaciones varias de sus inquietudes, entre las cuales el desarrollo del neoliberalismo como "biopolítica" actuando sobre el ámbito de la libertad individual, planteando así la cuestión de la instrumentalización de la libertad por las autoridades públicas.

Es precisamente la perspectiva o la sombra de la "biopolítica" que surge cuando el estado de emergencia sanitaria permite la instauración de una política penal por el Gobierno y el Ministerio Fiscal para reprimir nuevas infracciones —tales como poner en peligro la vida de los demás, comprar productos no esenciales, no respetar el confinamiento, hacer contrabando de material sanitario— y sancionarlas con multas y penas de cárcel o de interés general. Con la creación de una nueva delincuencia en el marco del estado de emergencia, asistimos al desarrollo de lo que el magistrado y ensayista Denis Salas llama "la justicia profiláctica",[52] o sea una justicia cuya nueva misión seria proteger o preservar la sociedad de las enfermedades. Sin duda a lugar, esta colaboración entre poder medical y poder judicial —que además puede ejercerse a través de los medios de nuevas tecnologías como drones, geolocalización de los teléfonos celulares, y análisis de los medidores digitales de electricidad— ilustra perfectamente esta idea de "biopoder". De la misma manera, cuando los gobernantes basan sus decisiones sobre los dictámenes de comités científicos de gestión de la crisis sanitaria, asistimos una vez más a una colaboración entre "autoridad de saber" ("*autorité de savoir*") y "autoridad de poder" ("*autorité de pouvoir*") de las que hablaba Foucault.

---

[49] Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité: La Volonté de savoir, 1*, París, Gallimard, 1976.

[50] Agamben, Giorgiom *Stato di eccezione: Homo sacer, II, I*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003.

[51] Brown, Wendy, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Steath Revolution*, trad. fr., *op. cit*. p. 54.

[52] Salas, Denis, "Il ne faudra pas ceder à la tentation d'une surveillance généralisée", *L'Obs,* núm. 2891, 2 de abril de 2020, p. 30. Véase también del mismo autor "L'état d'urgence: poison ou remède au terrorisme ?", *Archives de politique criminelle*, 2016/1, núm. 38, pp. 75-87.

De hecho, cuando efectivos de policía vigilan el contenido de las compras realizadas en un supermercado para comprobar, con un poder altamente discrecional y no pocas veces arbitrario, que haya solo, conforme con los decretos en vigor, "productos de primera necesidad", o intervienen en una Iglesia donde se celebraba una misa a puertas cerradas para pararla, cuando las personas cambian sus formas de interacción, cuando los muertos ya no tienen derecho ni a un funeral y que los familiares ni siquiera saben que pasa con su cuerpo, cuando el que era un prójimo ya no debe acercarse a menos de un metro y medio, cuando el estado de miedo individual nutre estados de pánico colectivo, el cambio antropológico es vertiginoso. Y, hay que añadirlo, el circulo vicioso que sostiene este mecanismo es imparable: "la limitación de la libertad impuesta por los gobiernos es aceptada en nombre de un deseo de seguridad que ha sido inducido por los mismos gobiernos que ahora intervienen para satisfacerla".[53] Como lo dijo Merleau-Ponty en su *Nota sobre Maquiavelo* "cuando el enemigo devasta el territorio, y cuando los sujetos [están] refugiados en la ciudad con el príncipe... se dedican entonces servirlo sin reserva"[54] puesto que, como lo escribió Maquiavelo, "la naturaleza de los hombres es de obligarse unos a otros, así tanto con los beneficios que ellos acuerdan como con los que reciben".[55]

Bien es cierto que tras la declaración el 14 de noviembre del 2015 del estado de emergencia a raíz de los pésimos atentados que padeció Francia en aquella época, se ha prorrogado su marco jurídico varias veces hasta el 1ro de noviembre del 2017, mientras que varias medidas excepcionales han finalmente integrado el derecho común. En este contexto caracterizado por una sucesión de estado de emergencia por riesgo terrorista o sanitario, Giorgio Agamben observa que "hay una tendencia creciente a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno".[56] Para el filósofo italiano, la epidemia del COVID-19 hace aparecer que el estado de excepción se ha efectivamente convertido en una "condición normal" y hasta en "paradigma de gobierno".[57] En efecto, si hubo en el pasado epidemias hasta más

---

[53] Agamben, Giorgio, "La invención de una epidemia", en Amadeo, Pablo (coord.), *Sopa de Wuhan*, *cit.*, p. 19.

[54] Merleau-Ponty, Maurice, "Communication au Congrès Umanesimo e scienza politica" (Rome-Florence, septembre 1949), *Signes*, Gallimard, 1960, p. 267: "*Quand l'ennemi ravage le territoire, et quand les sujets, réfugiés dans la ville avec le prince, voient leurs biens pillés et perdus, c'est alors qu'ils se dévouent à lui sans réserve*".

[55] Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1939, cap. X.

[56] *Ibidem*, p. 18.

[57] Agamben, Giorgio, *Lo stato di eccezione*, traducción francesa por J. Gayraud, *Etat d'exception (Homo saccer)*, París, Seuil, 2003, p. 9.

graves, "nadie había pensado en declarar por ello un estado de emergencia como el actual, que nos impide incluso el movernos. Los hombres se han habituado a vivir en tales condiciones de crisis y emergencia permanentes que parecen no darse cuenta que su propia vida ha sido reducida a una condición puramente biológica y ha perdido cada dimensión no solo social y política, sino también humana y afectiva. Una sociedad que vive en un estado de emergencia permanente no puede ser una sociedad libre".[58]

Si nadie puede razonablemente dudar de la gravedad de la pandemia de COVID-19, ni de la necesidad de intentar limitarla mediante medidas restrictivas de libertad, la cuestión que surge es saber si había que ir tan lejos. Si es cierto que otros países lo han también hecho, el administrativista y presidente de la Academia de ciencias morales y políticas Pierre Delvolvé nota que el Estado ha llevado una "acción total" [59] que ha afectado a todos los ámbitos de la vida social y económica: la salud; las reuniones familiares, los transportes; la industria; la agricultura; la educación y la universidad; la justicia constitucional, penal y civil; la práctica del culto; la función pública y el derecho laboral; las elecciones; los órganos de los entes locales; las empresas; los exámenes y demás oposiciones; las actividades turística, artística; cultural y deportivas, y hasta las reglas de denominación de origen controlada para los productos alimenticios.

Mientras "la policía sanitaria se hacia policía a secas", la inversión de los valores más superiores fue total: "contrariamente al principio que "la libertad es la norma y la restricción la policía de excepción", los dispositivos empiezan por la interdicción: "así, por el artículo 3 del decreto del 23 de marzo de 2020, *todo desplazamiento de personas fuera de su domicilio es prohibido salvo los desplazamientos por los motivos siguientes...*". De esta manera, "la interdicción se hizo norma y su restricción se hizo excepción". Cada quien tenía que rellenar un certificado justificando el motivo de su salida para evitar una multa cuyo importe es significativo. La realidad, es que era más o menos lo mismo que pedir a una autoridad administrativa la libertad para salir. Por lo tanto, los ciudadanos "han tenido que someterse a la interdicción para escapar a su aplicación", con el resultado que "todos fuimos a la vez actores y cómplices de la interdicción: es una nueva forma de *servidumbre voluntaria*".[60] Sabiendo que al Gobierno se le ocurrió hasta pensar en crear una brigada o milicia dedicada a vigilar y aplicar la policía sanitaria, a fin de cuentas, no es

---

[58] Agamben, Giorgio, "Aclaraciones", en Amadeo, Pablo (coord.), *La Fiebre*, *cit.*, p. 255.

[59] Delvolvé, Pierre, "Le virus, le pouvoir et la liberté", París, Académie des Sciences Morales et Politiques-Institut de France, 22 de junio de 2020, disponible en: *https://academies-ciencesmoralesetpolitiques.fr/2020/06/25/pierre-delvolve-le-virus-le-pouvoir-et-la-liberte/*

[60] *Idem.*

exagerado temer que esta "acción total" del Estado se vuelva "totalitaria". Desde luego, no sería "una novedad para los Estado totalitarios. Entre los que no lo son, muchos han sido menos restrictivos, pero no menos eficaces. Nosotros, en Francia, hemos abierto la puerta de la servidumbre".[61] Es obvio que la doctrina constitucionalista deberá obrar por la preservación de derechos civiles y políticos para evitar que la normalización de normas sanitarias liberticidas propicie el resurgimiento de un estatismo invasivo. Meditando las lecciones de Foucault, Agamben o Michéa, el constitucionalista ya sabe de donde podría venir el riesgo: "Si algún día los fascistas vuelven entre nosotros, no será con camisas negras. Será con *blusas blancas*".[62]

VI. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Stato di eccezione: Homo sacer, II, I,* Turín, Bollati Boringhieri, 2003.

Agamben, Giorgio, "Aclaraciones", en Amadeo, Pablo (coord.), *La Fiebre,* ASPO, 2020.

*Agamb*en, Giorgio, "Contagio", en Amadeo, Pablo (coord.), *Sopa de Wuhan,* ASPO, 2020.

Agamben, Giorgio, "La invención de una epidemia", en Amadeo, Pablo (coord.), *Sopa de Wuhan,* ASPO, 2020.

Bourget, Renaud, "El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19, en Francia", en Valadés, Diego y González Martín, Nuria (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho Constitucional Comparado*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Brown, Wendy, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Steath Revolution*, Zone Books, New York, 2015, trad. francesa por J. Vidal, *Défaire le dèmos. Le néolibéralisme, une révolution furtive*, París, Editions Amsterdam, 2018.

Cassia, Paul, "Le confinement: 67 millions de privations arbitraires de liberté", *Libération*, 12 de mayo de 2020.

Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Cárdenas Gracia, Jaime, "Las características jurídicas del neoliberalismo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015.

61 *Idem.*

62 Michéa, Jean-Claude, *Notre ennemi, le capital*, París, Flammarion, 2017, p. 111.

DEBRAY, Régis, *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, París, Gallimard, 2017.

DEBRAY, Régis, *Eloge des frontières,* París, Gallimard, 2010, trad. castellana por D. Debris-Oliva y J. A. Vila, *Elogio de las fronteras*, Barcelona, Gedisa, 2016.

DEBRAY, Régis, "Si soy débil y mi vecino fuerte, una frontera reconoce nuestra igualdad de derechos", *El Mundo,* 14 de junio de 2016.

DELVOLVÉ, Pierre, "Le virus, le pouvoir et la liberté", París, Académie des Sciences Morales et Politiques-Institut de France, 22 de junio de 2020, disponible en: *https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2020/06/25/pierre-delvolve-le-virus-le-pouvoir-et-la-liberte/*

FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos *et al.*, *Escuela o barbarie: entre el neoliberalismo salvaje y el delirio de la izquierda,* Tres Cantos, Ediciones Akal, 2017.

FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité: La Volonté de savoir, 1*, París, Gallimard, 1976.

GARGARELLA, Roberto, "Estamos viviendo en un estado de sitio *de facto* inaceptable según la Constitución", *La Gaceta,* 17 de mayo de 2020, disponible en: *https://www.lagaceta.com.ar/nota/844440/actualidad/gargarella-estamos-viviendo-estado-sitio-facto-inaceptable-segun-constitucion.html*

MERLEAU-PONTY, Maurice, "Communication au Congrès Umanesimo e scienza politica" (Rome-Florence, septembre 1949), *Signes,* Gallimard, 1960.

MICHÉA, Jean-Claude, *Les mystères de la Gauche,* París, Flammarion, 2014.

MORENO GONZÁLEZ, Gabriel, "El peligro de la docencia online como norma", *elDiario.es,* 27 de abril de 2020, disponible en: *https://www.eldiario.es/contrapoder/peligro-docencia-online-norma_132_5950625.html*

MULLER, Jerry Z., *The Tyranny of Metrics,* Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2018, trad. francesa por P. Hersant, *La tyrannie des métriques*, éditions markus haller, Genève, 2020.

ORDINE, Nuccio, "Solo los buenos profesores pueden cambiar la vida de un estudiante", 20 de mayo de 2020, BBVA aprendemos juntos y *El País*, disponible en: *https://aprendemosjuntos.elpais.com/especial/solo-los-buenos-profesores-pueden-cambiar-la-vida-de-un-estudiante-nuccio-ordine/v/solo-los-buenos-profesores-pueden-cambiar-la-vida-de-un-estudiante.*

PARAMIO, Ludolfo, *La socialdemocracia,* Madrid, Catarata, 2009.

PUVIANI, Amilcare, *Teoria della illusione finanziaria,* Milán-Palermo-Nápoles, Remo Sandron-Editor, 1903.

RAOULT, Didier, *Epidémies: vrais dangers et fausses alertes (De la grippe aviaire au COVID-19),* Neuilly-sur-Seine, Michel Lafon, 2020.

RUBIO ROSELL, Carlos, "Un muro es la negación de una frontera: Régis Debray", *Milenio,* 18 de junio de 2016.

SALAS, Denis, "Il ne faudra pas ceder à la tentation d'une surveillance généralisé*e", L'Obs,* 2891, 2 de abril de 2020.

SALAS, Denis, "L'état d'urgence: poison ou remède au terrorisme?", *Archives de politique criminelle,* 2016/1, núm. 38.

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE ET DE LA SÉCURITÉ NATIONALE, Plan national de prévention et de lutte "Pandémie grippale", núm. 850/SGDSN/PSE/PSN, 2009 (2a. ed. en 2011).

SUPIOT, Alain, *La Gouvernance par les nombres (Cours au Collège de France, 2012-2014),* París, Fayard, 2015.

SÁNCHEZ-MONTALVÁ, Adrián *et al.*, "Tuberculosis e inmigración", *Enfermedades infecciosas y microbiología clínica,* vol. 36, núm. 7, agosto-septiembre de 2018.

TRICAUD, Dominique *et al.*, "La justice a disparu et les juges ont déserté", *Médiapart,* París, 22 de abril de 2020.

VILLANUEVA, Nati, "Los juristas avisan: se están aplicando medidas propias del estado de excepción", *ABC,* 1 de abril de 2020.

EL MODELO URUGUAYO ANTE LA PANDEMIA

Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio*

Sumario. I. *Introducción.* II. *Las disposiciones constitucionales.* III. *Las disposiciones legales ordinarias.* IV. *Las disposiciones expedidas desde el 13 de marzo de 2020.* V. *Caracterización del modelo.* VI. *Principios rectores de las políticas públicas.* VII. *Tránsito a la normalidad.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. Introducción

1. Los primeros diagnósticos de infección de personas con SARS-CoV-2 en Uruguay, se produjeron el 13 de marzo de 2020, esto es, cuarenta y ocho horas después de haber declarado la OMS el estado de pandemia y trece días después de haber tomado posesión del cargo el nuevo Gobierno.

Diversos analistas, tanto políticos como científicos, están destacando los aceptables resultados logrados, hasta el momento, en Uruguay, comparados con los que se están obteniendo en otros Estados.

Es incuestionable la pluralidad de factores a ser considerados en el marco de cualesquiera estudios comparativos sobre la actual pandemia.

De ellos haré breve referencia a los de carácter jurídico y de adopción de políticas públicas[1] y me limitaré a mencionar los propios de la ciencia médica y de la situación sanitaria preexistente en la República.

Culminaré con la presentación de algunas conclusiones.

* Código ORCID: *https://orcid.org/0000-0003-3738-1575*.

[1] Una primera consideración que realicé de la vía uruguaya fue incluida en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho Constitucional Comparado*, México, UNAM-IIDC, 2020, pp. 156-164.

II. Las disposiciones constitucionales

2. La CROU incluye diversas disposiciones de interés para el tema.

Entre ellas, las hay genéricas, como la que reconoce el derecho a la protección en el goce de la vida,[2] las que derivan de la cláusula de apertura a los derechos y garantías inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno,[3] por ejemplo, el amparo de la integridad física y psíquica,[4] así como las que dimanan de los principios institucionales de libertad[5] e igualdad.[6] En el mismo orden podemos ubicar el precepto del artículo 85, ord. 3º, que ordena al Poder Legislativo expedir leyes relativas a la "protección de todos los derechos individuales".

También existen disposiciones específicas en materia de salud e higiene.[7] Entre ellas destaca el manido artículo 44:[8]

---

[2] Desde 1830; actual artículo 7: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad". "Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general".

[3] Desde la reforma de 1918; actual artículo 72: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

[4] En virtud del silencio de la CROU vigente en materia de tratados internacionales sobre DDHH, el artículo 72 posibilita sostener que, por su imperio, ingresan como derechos constitucionales inherentes a la personalidad humana, los incluidos en los Pactos Internacionales de DDHH de los que la República se ha hecho parte. Es el caso del artículo 12 del PIONUDCP, del artículo 26 de la CADDHH y del artículo 10 del PSSDESC. En Uruguay, los casos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XI y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 25, requieren otros desarrollos doctrinales. Véase, para la fundamentación, entre otros autores, con matices, Cajarville Peluffo, Juan P., "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, pp. 155 y ss. y Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, t. I, pp. 351-352.

[5] Desde 1830; actual artículo 10: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados".

"Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

[6] Desde 1830; actual artículo 8: "Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

[7] Véase el completo análisis sistemático de las disposiciones constitucionales relativas a tales materias, así como la precisa distinción entre derechos y deberes como situaciones jurídicas subjetivas, realizado por Cassinelli Muñoz, Horacio (2010-1), (2010-2) y (2010-3).

[8] Incorporado por la Constitución de 1934. Sobre sus antecedentes, véa-

> El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.
>
> Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

A ello se adiciona la previsión de la salud pública como motivo para limitar derechos o libertades (artículo 38) y la asignación de competencia a órganos de los Gobiernos Departamentales, concretamente a las Intendencias Departamentales (artículo 275, ord. 9o.).[9] También de la higiene en punto a la protección de los empleados u obreros, artículo 54[10] y como causal admisible para la limitación por ley de la libertad de enseñanza, artículo 68.[11]

3. En lo que atañe a los llamados poderes de emergencia del Poder Ejecutivo, la CROU prevé dos:[12] *a)* la suspensión de la seguridad individual, que para ser decretada requiere previa anuencia de la Asamblea General en los "casos de traición o conspiración contra la patria", por lo que, *prima facie*, inaplicable en el supuesto de la COVID-19 (artículo 31) y b) las medidas prontas de seguridad, actos del Poder Ejecutivo sujetos a control posterior del Poder Legislativo (por la Asamblea General o, en caso de receso o disolución, por la Comisión Permanente), para los "casos graves e imprevistos de ataque exterior o de conmoción interior", que en cuanto a las personas, solo autorizan a arrestarlas (en lugares no destinados a la aprehensión de delincuentes) o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él (artículo 168, ord.-17).

---

se: Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Lecciones de Derecho Constitucional 2. Historia Constitucional del Uruguay", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 2a. ed., Montevideo, 1993, pp. 157 y ss. y Gros Espiell, Héctor y Esteva Gallicchio, Eduardo G., *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, México, UNAM, 2005, pp. 74 y ss.

[9] "Velar por la salud pública..., proponiendo a las autoridades competentes los medios adecuados para su mejoramiento".

[10] "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado..., y la higiene física y moral".

[11] "Queda garantizada la libertad de enseñanza".

"La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos".

[12] La doctrina adiciona habitualmente, para un completo análisis sistemático, la previsión del artículo 253 constitucional de apertura de competencia de la jurisdicción militar para los casos de estado de guerra. Para un supuesto como el de la pandemia en curso, queda razonablemente descartada.

El Poder Ejecutivo, a la luz de las circunstancias conocidas al 13 de marzo de 2020, descartó, emplear, en ese momento, uno u otro de dichos institutos.[13]

III. Las disposiciones legales ordinarias

4. La ley 9.002 de 12 de enero de 1934. Esta comúnmente denominada ley, es, en verdad, un decretoley —no previstos por la CROU pero utilizados por los gobiernos de *facto*—, sancionado por la Comisión Legislativa Permanente actuante por entonces y promulgado por el Poder Ejecutivo el 12 de enero de dicho año. En virtud del plebiscito constitucional[14] celebrado el 19 de abril de 1934, que aprobó la nueva Constitución, esta fue promulgada por la Convención Nacional Constituyente, que, por imperio de la Disposición Transitoria B,[15] validó entre otros, el 9.002.

Saneados así los vicios orgánicoformales de origen, subsisten, obviamente, las cuestiones de posibles incompatibilidades sustanciales[16] con las Constituciones posteriores (básicamente las de 1934, 1942, 1952 y 1967), a la luz de lo dispuesto por el art. 329[17] constitucional.[18]

---

[13] Sobre los respectivos alcances y correlaciones de los poderes de emergencia del Poder Ejecutivo en Uruguay, véase con mayor detalle, Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales", *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 147 y ss.

[14] *Cfr.*, por todos, Fabregat, Julio T., *Elecciones uruguayas. Compilación de cifras oficiales. Escrutinios y proclamaciones. Concordado con las leyes de la materia*, Montevideo, Poder Legislativo-Cámara de Representantes, 1950, pp. 227-230.

[15] "B) Quedan ratificadas y en vigor, en cuanto no se opongan a la presente Constitución, todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 30 de marzo de 1933 hasta la instalación de la nueva Legislatura y que no hubieren sido derogadas".

[16] *Cfr.* por todos: Real, Alberto R., *Los decretos-leyes*, Montevideo, Talleres Gráficos 33, 1946, pp. 308 y ss. Se produjeron importantes debates sobre la regularidad constitucional, con participación de los más relevantes publicistas de la época. Véase: Prat, Julio A. (dir.), *Derecho administrativo II, Servicios Sociales*, en Vizcaíno Viscarret, Pedro (coord.), vol. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1970, v. II, 5 y ss.

[17] "Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo".

[18] Cfr., por todos, Cassinelli Muñoz, Horacio, "Oposición superveniente: derogación o inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, v. 55, nº 7-9, 1957, pp. 157 y ss.

5. Una ley no invocada y peculiarmente interpretada:[19] la 18.621, de 25 de octubre de-2009., que creó el Sistema Nacional de Emergencias, cuyo art. 4 define los estados de alerta,[20] de emergencia[21] y de desastre.[22] Fue reglamentada por el D. 65/020, de 17 de febrero.

Desde el primer momento, la información relevante sobre el desarrollo y la evolución de la pandemia, está disponible en la página web del SINAE.[23]

IV. Las disposiciones expedidas desde el 13 de marzo de 2020

6. Los primeros diagnósticos de uruguayos infectados por el SARS-CoV-2 motivaron le necesidad de expedir leyes ordinarias, decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, actos de los Gobiernos Departamentales, así como resoluciones y acordadas de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Entre ellos:[24]

7. Exoneraciones tributarias. Ley 19.872, de 3 de abril, modificada por la 19.876, de 22 de abril, que procuró atender parte de las consecuencias que genera la pandemia para los contribuyentes y dispuso una exoneración del 40% de aportes jubilatorios personales y patronales, de la prestación tributaria unificada monotributo y de monotributo social Ministerio de Desarrollo Social, por obligaciones generadas por los meses de marzo y de abril de 2020.

---

[19] Excede las posibilidades de este artículo analizar las razones socioculturales y políticas que parecen estar subyacentes. Destaco, sin embargo, que el SINAE prevé como riesgos los generados por enfermedades y epidemias, como Dengue, Zika y Chikungunya.

[20] Artículo 4, núm. I: "...estado declarado por la autoridad competente con el fin de tomar precauciones específicas debido a la probable y cercana ocurrencia de un evento".

[21] Artículo 4, núm. IX: "...estado caracterizado por la alteración o interrupción intensa y grave de las condiciones normales de funcionamiento u operación de una comunidad, causada por una reacción inmediata y exige la atención o preocupación de las instituciones del Estado, de los medios de comunicación y de la comunidad en general".

[22] Artículo 4, núm. XII: "...estado excepcional colectivo provocado por un acontecimiento que pone en peligro a las personas, afectando su salud, vida, hábitat, medios de subsistencia y medio ambiente, imponiendo la toma de decisiones y el empleo de recursos extraordinarios para mitigar y controlar los efectos de un desastre".

[23] *https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/coronavirus.*

[24] Excepto que indique lo contrario, todas las disposiciones que mencionaré, fueron expedidas en el año 2020.

8. Enfermedad profesional COVID-19. Ley 19.873, de 16 de abril, que, entre otras disposiciones, la incluyó transitoriamente como enfermedad profesional del personal de la salud.

9. Fondo Solidario COVID-19. Ley 19.874, de 8 de abril, que lo creó, para atender en forma exclusiva las erogaciones provenientes de toda actividad estatal destinada a la protección de la población frente a la emergencia sanitaria nacional; el pago de las prestaciones del Seguro por Enfermedad y del Seguro por Desempleo brindados por el Banco de Previsión Social (Ente Autónomo del Estado), a causa de la emergencia sanitaria ocasionada desde el 13 de marzo; la caída en la recaudación de dicho Banco, derivada de la reducción de actividad económica; etc. Este Fondo se integra, entre otras fuentes, con las utilidades del ejercicio 2019 del Banco de la República Oriental del Uruguay (Ente autónomo del Estado); las utilidades acumuladas de la Corporación Nacional para el Desarrollo (persona jurídica pública no estatal o paraestatal), el producido del nuevo tributo que se crea por entre dos y cuatro meses, denominado "Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19", que tiene una alícuota que puede llegar al 20% de las remuneraciones de los funcionarios de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; de los Gobiernos Departamentales, quedando incluidos los titulares de los cargos electivos, políticos y de particular confianza, embajadores, etcétera (entre ellos, presidente de la República, ministros, senadores, representantes) y de un tributo adicional al Impuesto a la Asistencia a la Seguridad Social, que con destino al Banco de Previsión Social, gravará por dos meses extensibles a cuatro, los ingresos correspondientes a las jubilaciones, pensiones, retiros militares y policiales, etcétera.

10. Postergación de elecciones para cargos de los Gobiernos Departamentales. La ley 19.875, de 2 de abril, que facultó a la Corte Electoral (órgano constitucional extra poder competente en la materia; CROU, artículo 322-A), para diferir la fecha del 10 de mayo, fijada por ella (artículo 77, inciso 2, ord. 3o.), para la celebración de las elecciones por el Cuerpo Electoral de los soportes de los órganos del Gobierno y Administración de los Departamentos y dispuso implícitamente otros ajustes a previsiones constitucionales.[25] Esta ley fue aprobada por la unanimidad de votos en el Senado y por 98 en 99 votos en la Cámara de Representantes. Tuvo, pues, apoyo de todos los Partidos Políticos con representación parlamentaria. Observo, ello no obstante, que en mi concepto, por la rigidez de la Constitución uruguaya (artículo 331), debió ser objeto de uno de los procedimientos de reforma

[25] Cuyas consecuencias, aunque advertidas oportunamente, recién comienzan a visualizarse.

constitucional,[26] lo que se consideró de imposible producción por requerir la celebración de previo referéndum o plebiscito ciudadano de ratificación (art. 331).

Un ejemplo del cúmulo de imperfecciones técnico jurídicas de esta ley resulta del art. 1, que invoca el D. 93/020 del Poder Ejecutivo, cuando se está expidiendo un acto jurídico con mayor valor y fuerza jurídicos.

Las precedentes observaciones no impiden destacar que la ley 19.875 realiza en forma clara la reprogramación del pronunciamiento de los electores y que la Corte Electoral por Resolución s/n de 17 de abril, fijó la realización de las elecciones postergadas para el domingo 27 de setiembre.

11. Declaración de feria judicial extraordinaria y suspensión de plazos procesales. Ley 19.879, de 30 de abril, declaró en vía interpretativa que, "a falta de reglamentación legal según prevé el artículo 332[27] de la [CROU]", la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de sus facultades constitucionales de superintendencia administrativa, son competentes para disponer Ferias Judiciales Extraordinarias en estados de emergencia, procurando de tal suerte sanear lo antes resuelto por ambos órganos desde el 14 de marzo. La ley considera hábiles a todos los efectos los días y horas de funcionamiento de las oficinas para los supuestos que menciona (artículo 2.3), entre ellos, los procesos de amparo y los que tramitan por procedimientos similares. Previamente la Presidente de la Suprema Corte expidió una Declaración el 14 de marzo, el pleno de la Corporación se pronunció por Resoluciones, por ej., la 12/2020, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo hizo lo propio por sucesivas Acordadas 8/020, 9/020 y 10/020.

12. Los D. 93/020 y D. 94/020, de 13 de marzo de 2020: formularon lo que denominaron "declaración de emergencia nacional sanitaria"[28] y dispusieron en materia migratoria. Esta declaración tuvo por alcance: la suspensión de todos los espectáculos públicos; el cierre preventivo y provisorio de los centros turísticos termales públicos y privados; el cierre de todos aquellos lugares de acceso público que se determinen por la autoridad competente; la imposición de todo otro tipo de medidas necesarias en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en dichos espacios; cometió

[26] *Cfr.* mi opinión: *https://www.linkedin.com/in/eduardo-esteva-gallicchio-058627119/detail/recent-activity/shares/*.

[27] Existe otro acto jurídico publicado en el *Diario Oficial*, expedido por la Intendencia Departamental de Maldonado el 15 de mayo, que también invoca el artículo 332 constitucional: resolución 2.650/020 *https://www.impo.com.uy/bases/resoluciones-junta-depart-maldonado/2650-2020/1*.

[28] Recién publicados en el *Diario Oficial* el 23 de marzo de 2020.

a las autoridades nacionales, departamentales y municipales competentes evaluar la suspensión de eventos que impliquen la aglomeración de personas, exhortó a toda la población, bajo su responsabilidad, a suspender aquellos eventos de similares características a los antes referidos; dispuso extremar las medidas de limpieza y desinfección en todos los espacios de los establecimientos públicos y privados, en especial los de educación, lugares destinados al trabajo o atención al público, cumpliéndose con las recomendaciones dispuestas por el Ministerio de Salud Pública. En cuanto a cuarentena, uno de los aspectos que requieren mayor análisis y que en mi opinión se ajusta a las previsiones constitucionales por contar con respaldo en la ley 9.202, ordenó que deberán permanecer aislados, por lo menos durante catorce días, bajo control y siguiendo las indicaciones del médico tratante o de la autoridad sanitaria, aquellas personas que: *a)* hayan contraído COVID-19; *b)* presenten fiebre, y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y además, en los últimos quince días, hayan permanecido de forma temporal o permanente en las "zonas de alto riesgo" que se determinan; *c)* quienes hayan estado en contacto directo con casos confirmados de COVID-19; *d)* las personas que ingresen a la República luego de haber transitado o permanecido en zonas de alto riesgo".

El ingreso al país se limitó por el D. 94/020; se exhortó a toda la población, bajo su responsabilidad, a no viajar fuera del país, especialmente con destino o permanencia temporal o permanente en los países de alto riesgo; se exhortó a todos los empleadores a instrumentar y promover, en todos los casos que sea posible, que los trabajadores realicen sus tareas en sus domicilios.

Por D. 105/020, de 24 de marzo, se suspendió la salida del país con fines turísticos a los ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes en la República, hasta el lunes 13 de abril.

13. Suspensión de clases. Por D. 101/020 de 16 de marzo, se exhortó a los Entes de Enseñanza Pública (Universidad de la República, Administración Nacional de Educación Pública y Universidad Tecnológica del Uruguay), a que en forma preventiva y provisoria, dispongan la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos públicos, en todos los niveles de enseñanza; se dispuso la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos privados, en todos los niveles.

14. Resoluciones Ministeriales. El Ministerio de Economía y Finanzas dispuso el 15 de marzo y hasta nueva resolución el cierre temporal al público de todas las Salas de Juego de Azar administradas por el Estado; y el 17 de marzo la suspensión de toda competencia hípica en los hipódromos del país.

15. Resoluciones del Poder Ejecutivo: de 17 de marzo, de exhortación a la empresa titular para el cierre de sus salas de Casino y slots hasta que el Poder Ejecutivo lo determine y exhortación a las empresas propietarias o que administran locales comerciales de gran porte (shopping center), el cierre preventivo y provisorio de los mismos, excluyendo a los locales de venta de alimentos y productos sanitarios (supermercados y farmacias), a los locales que prestan servicios financieros y a los que presten servicios de salud, hasta que el Poder Ejecutivo lo determine.

16. -Subsidio especial por enfermedad. Por D. 109/020, de 25 de marzo, se dispuso que las personas de 65 años o más, comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación del subsidio por enfermedad establecido por el Decreto-Ley 14.407 de 1975, podrán permanecer en aislamiento por el plazo máximo de treinta días, según determinen y comuniquen las empresas al Banco de Previsión Social. Quedan excluidos aquellos trabajadores que puedan realizar o realicen sus tareas habituales desde su domicilio.

17. Resoluciones del Congreso de Intendentes. Este órgano previsto por la CROU, art. 262, inc. final[29], tiene el cometido de "coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales", adoptó el 16 de marzo, entre otras resoluciones, la nº 7: de suspensión cautelar y provisoria, todas las reuniones tales como fiestas, bailes, celebraciones religiosas y en general eventos sociales de concurrencia importante de personas, en espacios públicos y lugares habilitados o que requieran habilitación para funcionar del Gobierno Departamental, así como las habilitaciones que se hubieren otorgado en esta materia mientras dure la situación epidemiológica de emergencia: y nº 8, de suspensión de los velatorios públicos. Se exhorta a las empresas funerarias y a los particulares que a los sepelios no se admita la concurrencia y acompañamiento de personas que no sean familiares directos del fallecido mientras dure la emergencia sanitaria. Esta resolución del Congreso de Intendentes debe ser analizada e interpretada en el marco de la distribución de competencia constitucional y legal entre los órganos del Estado y los de los Gobiernos Departamentales.

V. Caracterización del modelo

18. Las disposiciones expedidas por el Gobierno uruguayo con motivo de la pandemia se caracterizan, en mi opinión, por:

[29] Adicionado por la reforma constitucional parcial de 1997.

a) No haber utilizado los poderes de emergencia previstos por la Constitución y que no son extraños al Estado Constitucional y Convencional de Derecho (PIONUDCP, artículo 4; CADDHH, artículo 27 y conc.). Considero que esta decisión obedeció, desde la perspectiva jurídica, a la conclusión interpretativa de inexistencia de previsiones constitucionales de emergencia apropiadas para enfrentar la COVID-19 y desde los puntos de vista psicológico e ideológico, a que fueron institutos utilizados durante los años previos a la ruptura del orden institucional de 1973 con apartamiento de la teoría constitucional.
b) No haber dispuesto una cuarentena[30] obligatoria,[31] a diferencia de lo resuelto en otros Estados; efectuando, en vez, desde el primer momento y en forma constante, exhortaciones a "si puedes, quédate en casa". No llegó a concretarse, tampoco, la posibilidad de utilizar el artículo 12[32] de la CROU sobre confinamiento,[33] ni se generaron, por ende, las hesitaciones propias del uso correcto del idioma español, en los Estados que ordenaron "confinamientos en el domicilio".[34]
c) Haber adoptado una concepción liberal, mediante reiteradas apelaciones al "uso responsable de la libertad".
d) Haber acotado las restricciones a lo que razonablemente estaba impuesto a partir de los escasos datos científicos médicos disponibles originalmente sobre la pandemia.
e) Haber respetado el más amplio ejercicio de las libertades de expresión y comunicación del pensamiento y de información.
f) Haber demostrado preocupación por la preservación del derecho a la intimidad de las personas, como se advirtió en la negociación con Google y Apple para el desarrollo y uso desde el 15 de junio, de nue-

---

[30] Utilizo el vocablo enmarcado en los comentarios de la Real Academia Española, disponible en: *https://www.rae.es/noticias/crisis-del-covid-19-apuntes-sobre-cuarentena-en-la-lengua-espanola.*

[31] Fue propuesta por el Sindicato Médico del Uruguay el 17 de marzo. El 23 de marzo, el ex presidente de la República Tabaré R. Vázquez, del Partido Frente Amplio, mencionó una cuarentena total.

[32] Redacción de 1830: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal".

[33] Es necesario tenerlo presente cuando se dispone, sin decisión de un Juez, el aislamiento de una persona fuera de su domicilio, invocándose la ley 9.202 y el D. 93/020.

[34] Cfr., Pérez-Maura, Ramón, "En España no hay nadie confinado", disponible en: *https://www.abc.es/opinion/abci-ramon-perez-maura-espana-no-nadie-confinado*, y Vargas Llosa, Mario, ¿"Confinados en una sociedad democrática?", disponible en: *https://elpais.com/opinion/2020-05-02/confinados-en-una-sociedad-democratica.html*.

va tecnología de rastreo de contactos de COVID-19, en los sistemas Android e Ios.

g) Haber posibilitado el ejercicio del derecho de reunión, mediante el desarrollo de una de sus modernas modalidades (caravana vehicular de autos y motos particulares) con tres puntos de partida en Montevideo, organizada por el Plenario Intersindical de Trabajadores-Convención Nacional de Trabajadores, el 1º de mayo, con cuidados de seguridad y de salud de los participantes y de terceros, así como exhortaciones a no descender de los vehículos.

h) Haber continuado el razonable ejercicio de sus competencias por parte de los Poderes Legislativo y Judicial, no obstante las iniciales dificultades para el uso de la telemática, asegurando así la vigencia de la separación de poderes. Un caso destacable fue la tramitación,[35] durante la llamada Feria Judicial Sanitaria, de un *habeas corpus* en favor de una persona imputada de delito, fundado en la edad y condiciones de salud, acogido por el Juzgado en primera instancia y revocado por el Tribunal de Apelaciones.

i) Haber respetado la distribución constitucional y legal de competencias entre el Estado, los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos, concretado mediante diversas exhortaciones.

VI. Principios rectores de las políticas públicas

19. Considero que pueden considerarse como principios rectores:[36]

a) Celeridad y en general, inmediatez, en la adopción de las decisiones gubernamentales.

b) Transparencia en la difusión de noticias a través de la página web del SINAE y cuando las circunstancias lo determinaron, difusión personal por el Presidente de la República, Ministros competentes, Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Secretario y Prosecretario de la Presidencia de la República y otros integrantes de primer nivel del Poder Ejecutivo.

---

[35] También algunas acciones de amparo en reclamo de medicamentos de alto precio, principal objeto del instituto en Uruguay.

[36] En el caso de Uruguay, la expresión carece de un significado que resulte de la Constitución, por lo que la utilizo en su alcance general.

c) Creación de un Grupo Asesor Científico Honorario, integrado por tres miembros,[37] que asesora científicamente al Poder Ejecutivo, desde el 16 de abril, en el camino hacia "la nueva normalidad". El GACH formula recomendaciones en las áreas de salud y ciencia de datos, al equipo de gobierno Transición Uy, coordinado por el Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, que es dependencia constitucional de la Presidencia de la República.[38] Este equipo evalúa y eleva informes y sugerencias al Poder Ejecutivo. La Secretaría es realizada por la Coordinara Técnica de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología de la Presidencia de la República.
d) Haber contado la República con fortalezas desde las perspectivas del Sistema Nacional Integrado de Salud, de la cantidad y calidad de equipamiento de camas de Centros de Tratamiento Intensivo, de la relación de médicos por cada 1000 habitantes, que arrojan guarismos similares y en ocasiones superiores a los de Estados desarrollados.

VII. Tránsito a la normalidad

20. ¿Nueva normalidad? En Uruguay, como en otros Estados, se está utilizando desde el 16 de abril la expresión "nueva normalidad". Considero que es necesario formular algunas precisiones:

a) En mi concepto, la "nueva normalidad" debería ser conceptualmente concebida como una etapa transitoria para el restablecimiento de la (anterior) normalidad.
b) La sustitución de la (anterior) normalidad por una nueva normalidad no está exenta de riesgos para los sistemas democráticos.
c) La invocada nueva normalidad motivada por la COVID-19 no debería ser concretada modélicamente en base a criterios como los expuestos previamente, por ejemplo, por el publicista Hans Martin Esser, a fines de 2019,[39] con un estilo no precisamente científico, pero

[37] Dres. Rafael Radi (coord.), Fernando Paganini y Henry Cohen. Véase el detallado Informe sobre los demás integrantes y actividades del GACH, disponible en: *https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2020/noticias/AG_280/Informe_GACH.pdf*

[38] CROU, artículo 230.

[39] Esser, Hans Martin, "Die große Klammer / eine theorie der normalität", Berlín, Kulturverlag Kdmos, 2019, in totum.

sin duda polémico, que trae a la memoria a Schmitt cuando afirmaba: "soberano es quien decide sobre el estado de excepción".[40]

d) Cuando se trata de relaciones entre normalidad y normatividad, sigue siendo útil tener presente a Hermann Heller.[41]

e) La referencia a la nueva normalidad que realizó el Director General de la OMS el 16 de abril[42] parece referir a la situación de los factores que enuncia para el levantamiento por los Estados de las restricciones.

f) La COVID-19 ha generado la necesidad de analizar desde una perspectiva que en Uruguay no era frecuente, la Constitución de la OMS y el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (RSI de 2005), tanto en el marco de la CROU como de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986, teniendo presente que han comenzado las invocaciones en actos jurídicos vernáculos, como el D. 93/020.

VIII. Conclusiones

21. Si comparamos el modelo aplicado en Uruguay desde el 13 de marzo de 2020 con un marco teórico (democráticos, autoritarios y totalitarios), podemos comprobar que se optó por el democrático en su expresión más extrema, como resulta de haber sido desestimada la utilización de institutos constitucional y convencionalmente previstos. El gobierno uruguayo optó por el modelo democrático, acompañado en la mayor parte de los puntos por la unanimidad de los Partidos Políticos con representación parlamentaria (coalición gubernamental pentapartidos; encabezada por el Partido Nacional, que ostenta la Presidencia de la República y coalición opositora multipartidos llamada Frente Amplio).

22. El modelo democrático específico fue preferentemente exhortativo y no prohibitivo e imperativo, lo que evitó generar la problemática de aplicación de sanciones penales a los eventuales incumplidores.[43]

---

[40] Schmitt, Carl, *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 13 y ss.

[41] Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, pp. 207 y ss., 278 y ss.

[42] *Cfr. https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---16-april-2020*.

[43] Ante incumplimientos se optó por advertir la posibilidad de incurrir en el delito de desacato.

23. Las medidas adoptadas cumplen con los estándares de necesidad, transparencia, razonabilidad, proporcionalidad y posibilidad de revisiones periódicas, por lo que, en mi concepto, generan riesgos para el Estado de Derecho Democrático.

24. Las decisiones gubernamentales, en sus líneas básicas, han sido acordes con los lineamientos de la Declaración Nº 1/2020 de la Corte Interamericana de DDHH[44] y Comunicado 130/20 de la Comisión Interamericana de DDHH.[45]

25. A diferencia de varios Estados americanos,[46] Uruguay no comunicó, en cumplimiento del artículo 27 de la CADDHH, a la Secretaría General de la OEA, el D. 93/020 y su ampliatorio D. 94/020 (declaración de emergencia nacional sanitaria). Esta es una interesante cuestión, que merece mayor debate: ¿cuándo se produce suspensión de garantías? y ¿cuál es la relación entre suspensión y limitación de derechos y libertades? Estimo que la circunstancia de no haber sido ejercidos formalmente poderes de emergencia del Poder Ejecutivo no configura razón suficiente para no realizar la comunicación, sino que se requiere examinar si procede por la sustancia de las medidas adoptadas.

26 Uruguay está realizando el ingreso a la "nueva normalidad" en forma gradual, acorde con los seis factores mencionados por el Director General de la OMS[47] y en base al asesoramiento del GACH a través de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto. En tal sentido, fundados en protocolos específicos elaborados *ad hoc*, retomaron paulatinamente actividades, por ejemplo, la industria de la construcción, la enseñanza primaria en determinadas zonas rurales, algunos espectáculos sin presencia de público (turf en hipódromos), *shopping centers*, otros niveles de enseñanza, etcétera. Y está planificada la próxima reanudación de las reuniones o ceremonias religiosas enmarcadas en la libertad de cultos. Todas las actividades reanudadas quedaron sujetas, ínterin perdure la situación, a monitoreos planificados y estricto cumplimiento de los requisitos para la preservación de la higiene y salubridad.

---

[44] *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf.*

[45] *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp.*

[46] *Cfr.* Las notas verbales de: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, R. Dominicana, R. de Surinam, disponible en: *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_suspencion_garantias.asp.*

[47] *https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---16-april-2020.*

IX. Bibliografía

Cajarville Peluffo, Juan P., "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "Oposición superveniente: derogación o inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, vol. 55, núm. 7-9, 1957.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "Uruguay", en Sacchi, Carlos (comp.), *Derecho Constitucional y Administrativo,* Montevideo, La Ley Uruguay, 2010.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "La salud como derecho humano", en Sacchi, Carlos (comp.), *Derecho Constitucional y Administrativo,* Montevideo, La Ley Uruguay, 2010.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "El derecho a la salud en la Constitución Uruguaya", en Sacchi, Carlos (comp.), *Derecho Constitucional y Administrativo,* Montevideo, La Ley Uruguay, 2010.

Esser, Hans Martin, "Die große Klammer / eine theorie der normalität", Berlín, Kulturverlag Kdmos, 2019.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Lecciones de Derecho Constitucional 2º / Historia Constitucional del Uruguay", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* 2a. ed., Montevideo, 1993.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales", *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 1, Chile, Universidad de Talca, 2002.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Coronavirus y fecha de las elecciones departamentales y municipales", disponible en: *https://www.linkedin.com/in/eduardo-esteva-gallicchio-058627119/detail/recent-activity/shares/*.

Esteva Gallicchio, Eduardo G. y Gros Espiell, Héctor, *Constituciones Iberoamericanas/Uruguay*, México, UNAM, 2005.

Fabregat, Julio T., *Elecciones uruguayas. Compilación de cifras oficiales. Escrutinios y proclamaciones. Concordado con las leyes de la materia*, Montevideo, Poder Legislativo-Cámara de Representantes, 1950.

Gamarra Antes, Diego, "El COVID-19 y el Sistema Democrático", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, núm. 21, (enero-junio de 2020), disponible en: *https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/issue/view/216*.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19 / Derecho Constitucional Comparado*, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, México, IIJ-UNAM-IIDC, 2020.

GROS ESPIELL, Héctor y ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, México, UNAM, 2005.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México-Buenos Aires, FCE, 1947.

PÉREZ-MAURA, Ramón, "En España no hay nadie confinado", *ABC*, edición del 9 de abril de 2020, disponible en: *https://www.abc.es/opinion/abci-ramon-perez-maura-espana-no-nadie-confinado-202004092348_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F.*

PRAT, Julio A. (dir.), *Derecho administrativo II, Servicios Sociales*, en VIZCAÍNO VISCARRET, Pedro (coord.), vol. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1970.

Real Academia Española, "Crisis del COVID-19: apuntes sobre cuarentena en la lengua española", 19 de marzo de 2020, disponible en: *https://www.rae.es/noticias/crisis-del-covid-19-apuntes-sobre-cuarentena-en-la-lengua-espanola.*

REAL, Alberto R., *Los decretos-leyes*, Montevideo, Talleres Gráficos 33, 1946, 308 pp.

RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, t. I.

RISSO FERRAND, Martín, "El COVID-19 y el Derecho Constitucional", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, núm. 21, (enero-junio de 2020), disponible en: *https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/issue/view/216.*

SCHMITT, Carl, *Teología política,* Madrid, Trotta, 2009.

VARGAS LLOSA, Mario, "¿Confinados en una sociedad democrática?", *El País,* Madrid, 2 de mayo de 2020, disponible en: *https://elpais.com/opinion/2020-05-02/confinados-en-una-sociedad-democratica.html.*

LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO: UNA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DE EMERGENCIA

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El ejercicio de función legislativa por el presidente de la República: competencia excepcional y a su vez reglada.* III. *Trámites de contratación por medios electrónicos: regulaciones preestablecidas en la Ley de Contratos Públicos y en el Código de Procedimiento Administrativo.* IV. *El procedimiento sancionatorio contractual: es un típico procedimiento administrativo previsto en la ley.* V. *El acto de revocatoria de la apertura y del proceso de selección del contratista: una fundamentación de servicio público.* VI. *La urgencia manifiesta: contratación directa en casos de estados de emergencia.* VII. *Modificación de los contratos del Estado: otra expresión de necesidad de servicio público.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha generado una situación de excepcionalidad en aspectos, sanitarios, económicos, sociales, jurídicos, entre otros, la cual debe ser afrontada por los Estados utilizando los medios que tienen a su alcance para buscar conjurar la crisis.

Por tal razón, en lo que hace referencia a Colombia, el Gobierno Nacional adoptó el estado de emergencia con fundamento en el artículo 215 constitucional que permite al presidente de la República con la firma de todos los ministros declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar de forma grave el orden económico, ecológico y social, o que constituyan calamidad pública.

* Código ORCID: *https://orcid.org/0000-0003-1462-4853*.

En igual sentido, la Ley 137 de 1994, que hace referencia a los estados de excepción y desarrolla el artículo 215 constitucional, otorga la facultad al presidente de la República para que con la firma de todos los ministros decrete el estado de emergencia, con el fin de hacer frente a la excepcionalidad derivada de casos como el coronavirus.

Estado de emergencia que le concede al presidente de la República poderes exorbitantes, facultándolo para dictar decretos con fuerza de ley, encaminados a solucionar el estado de excepcionalidad que se presenta.

Es decir, que en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al presiente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente una situación tan atípica como la que ocurre actualmente, a través del otorgamiento de competencias legislativas.

Por tal razón, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, titulado: *"Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional",* acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y además, un control de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 241 numeral 7 de la Carta Superior de Colombia; es decir, similar al de las leyes expedidas en sentido formal.

Con fundamento en dicha declaratoria de emergencia, se han expedido un sinnúmero de decretos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, entre ellos algunos referidos a contratos, que específicamente corresponden a los Decretos 440 de 20 de marzo de 2020 y 537 de 12 de abril de 2020; los cuales en su contenido son sustancialmente idénticos.

En este sentido, se considera procedente como problema de investigación el siguiente: *¿En qué medida se viola el principio de legalidad con las reformas normativas de los contratos públicos en el estado de emergencia?.* Lo anterior, con la finalidad de analizar las regulaciones normativas previstas en los decretos legislativos de estado de emergencia referidos a asuntos de contratos públicos, para establecer su fundamentación legal y si de alguna manera vulneran normas jurídicas de rango superior.

II. El ejercicio de función legislativa por el presidente de la República: competencia excepcional y a su vez reglada

El sistema jurídico colombiano ha previsto en el artículo 215 constitucional la facultad del presidente de la República para declarar el estado de emergencia,

económica, social y ecológica, cuando se presenten estados de emergencia como el derivado del COVID-19; norma que expresamente dice:

> Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si este no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término…

Dicha norma constitucional fue desarrollada por la Ley 137 de 1994, que estableció los requisitos que se deben cumplir para declarar el estado de emergencia y para expedir los decretos con fuerza de ley que se dirijan a conjurar la crisis o evitar la ampliación de sus efectos.

En tal medida, el artículo 9 expresa*: "Uso de las facultades. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley"*; regulación que evidencia una competencia del presidente de la República estrictamente reglada, pero a su vez limitada, como lo ha contemplado la Corte Constitucional de Colombia cuando en la sentencia C-216 de 2011 dijo:

> De esta manera se dispuso por parte del constituyente de 1991 que estos instrumentos solo pueden utilizarse en situaciones extraordinarias y que por tanto su uso puede calificarse como excepcionalísimo. // El carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia ha dado lugar a que se insista por parte de la Corte en sus distintos análisis, que el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad, parámetro

> de constitucionalidad en el análisis de las declaratorias de los estados de excepción y de los decretos de desarrollo. // Este carácter reglado de las potestades gubernamentales para poder ejercer las facultades de excepción se debe a que una declaración de estado de emergencia por causas económicas, sociales, ecológicas o que constituyan grave calamidad pública, puede comprometer entre otros los derechos fundamentales y los principios democrático, de separación de poderes y de estructura y organización del Estado. // Por ende, la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera sostenida, que el control de constitucionalidad que le corresponde realizar a la Corte en virtud del mandato de los artículos 215 y 241 de la Constitución Política, debe ser estricto y riguroso para evitar la eventual vulneración de los postulados y preceptos superiores a los que deben sujetarse tanto su declaratoria, como los decretos de desarrollo de las facultades de las que temporalmente se inviste al Ejecutivo, en aras de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

En tales circunstancias, cuando el Presidente de la República declara el estado de emergencia, se autofaculta para legislar, puesto que los decretos legislativos que dicta tienen la misma jerarquía y fuerza normativa que las leyes expedidas por el Congreso de la República, razón que determina que el ejercicio de dicha competencia sea excepcional, es decir, distinta a la que le corresponde de forma ordinaria; pero además que no constituya la regla general sino la excepción de proferir normas con fuerza de ley. De la misma manera, debe ser estrictamente reglada, en el sentido de estar sometida en el fondo y en la forma a las regulaciones normativas superiores.

Por tal razón, la Corte Constitucional de Colombia, a partir del artículo 215 de la Carta Superior y de la Ley 137 de 1994, ha reconocido unos requisitos que se deben cumplir cuando se profieran decretos con fuerza de ley en un estado de emergencia como el derivado del COVID-19. En tal sentido, en la sentencia C-670 de 2015 prevé que se deben cumplir las siguiente exigencias: *a)* ser suscrito por el presidente de la República con la firma de todos los ministros del Despacho; *b)* ser motivado, es decir, consignar las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción; *c)* una valoración de la gravedad de las causas que produjeron la declaratoria, así como de su impacto sobre los distintos órdenes relevantes; *d)* señalar las razones por las cuales las medidas ordinarias adoptadas por las autoridades estatales resultarían insuficientes para afrontar la crisis; *e)* señalar con precisión las zonas del país cobijadas por la medida de emergencia; *f)* indicar el lapso dentro del cual el presidente puede ejercer las facultades extraordinarias propias del estado de emergencia, y *g)* informar

sobre la declaratoria de este estado de excepción a los organismos internacionales.

Requisitos que exigen determinar, que con las facultades y regulaciones normativas ordinarias no es posible conjurar el estado de emergencia, sino que se deben utilizar las competencias excepcionales; pero además, que las normas que se dicten deben estar encaminadas a conjurar la crisis, lo que implica la realización de dos clases de valoraciones que la Corte Constitucional ha denominado juicio de necesidad y juicio de suficiencia.

En tal sentido, en lo referente a los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República en lo que corresponde a contratos públicos, no cumplen los requisitos antes mencionados, puesto que los asuntos regulados ya estaban consignados en la Ley de Contratos del Estado, generando de esta manera una clara violación del principio de legalidad, como se evidencia a continuación.

III. Trámites de contratación por medios electrónicos: regulaciones preestablecidas en la Ley de Contratos Públicos y en el Código de Procedimiento Administrativo

El capítulo IV de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, consagra la implementación de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Debe indicarse, que la utilización de los medios electrónicos es facultativa, pues el artículo 53 de la Ley 1437 de 2011, contempla que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse por este medio, lo que significa que no es obligatoria su aplicación; pero si una persona intervine en una actuación administrativa por este medio, es obligación de la entidad pública continuar el trámite a través de los sistemas electrónicos y para tal circunstancia, el particular debe registrar su dirección de correo electrónico, con el fin de participar en el trámite administrativo.[1]

El documento electrónico ha ganado tanta importancia, que se le otorga el valor probatorio previsto en el Código Civil-Código General del Proceso y las reproducciones realizadas de un archivo electrónico, se conside-

[1] El artículo 54 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contempla la obligación de las entidades públicas de surtir el trámite administrativos a través de medios electrónicos, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones por un medio diferente; con la excepción de la consultas y la solicitud de información, que no necesitan el registro de correo electrónico si son formuladas por vía electrónica, pudiendo ser respondidas por este mismo medio.

ran auténticas para todos los efectos legales,[2] reconociéndose la existencia del acto administrativo electrónico,[3] con la limitaciones que puede generar la exigencia del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que con la demanda se debe aportar una copia del acto a demandar.[4]

Pero para que se surta la actuación administrativa, el CPACA contempla la existencia del archivo, expediente y sede electrónica, para tratar de dar agilidad al trámite, que es lo que se busca con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,[5] ya que como lo deja ver el artículo 61 de la mencionada norma, los mensajes de datos pueden enviarse por dicho medios electrónicos; pero además, es posible la realización de sesiones virtuales de comités, consejos, juntas, conferencias, llegando a la posibilidad de realizar votaciones.

En tal sentido, con el fin de garantizar el distanciamiento social, el artículo 1 de los decretos legislativos 440 y 537 de 2020, establecen que durante la emergencia sanitaria los procedimientos de selección de contratistas se podrán desarrollar por medios electrónicos; regulación que se adopta teniendo en cuenta que los trámites de escogencia de los contratistas de la Administración son principalmente escritos y presenciales. Sin embargo, dicha regulación no constituye ninguna novedad, porque en el Derecho Colombiano, el Código de Procedimiento Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 como se consignó anteriormente, ya establecía que los procedimientos administrativos se pueden desarrollar por dichos medios electrónicos, cuando en la Parte Primera, Capitulo IV, artículos 53 y siguientes contempla la aplicación de los medios electrónicos a los procedimientos administrativos, siendo la contratación pública un procedimiento de tal naturaleza.

De la misma manera, los medios electrónicos en la contratación pública estaban previstos en lo regulado por la Ley 1150 de 2007 artículo 3 que

---

[2] El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la L. 794/2003, art. 26, establece los eventos en que un documento es auténtico, expresando que se considera como tal, en el caso que se presenta certeza respecto de quien lo ha elaborado, suscrito o firmado y que el documento público se presume autentico, mientras no se demuestre lo contrario a través de la tacha de falsedad; regulaciones aplicables al documento público electrónico. Correspondiente al artículo 244 del CGP.

[3] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 57.

[4] Por su parte el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, cuando se refiere a los anexos de la demanda, en el numeral primero, contempla la obligación de acompañar una copia del acto demandado o acusado, con la respectiva constancia publicación, comunicación o notificación y que con la regulación del Código General del Proceso, dicha copia no tiene que ser autentica, de acuerdo a lo previsto en los artículos 243 y 246 de la Ley 1564 de 2012.

[5] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 60.

modificó la Ley de Contratos públicos de Colombia, y en el artículo 44 del Decreto 1510 de 2013, Reglamentario de la Ley de Contratos del Estado, compilado por el decreto 1082 de 2015. En tal medida no se necesitaba tal regulación.

IV. El procedimiento sancionatorio contractual: es un típico procedimiento administrativo previsto en la ley

La Ley 1437 de 2011 contempla un capítulo especial que hace referencia al procedimiento sancionatorio, el cual hemos querido denominar residual, pues se aplica en tanto no haya regulación expresa en el Estatuto Único Disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 o en norma especial.[6]

El procedimiento sancionatorio, puede ser rogado, es decir a petición de parte o por el contrario se puede iniciar de manera oficiosa por la entidad administrativa; en todo caso, debe existir una etapa inicial de averiguaciones preliminares, a través de la cual se determinará la viabilidad de adelantar un trámite para aplicar una sanción; lo que implica, que no es posible iniciar dicho procedimiento hasta tanto no se haya surtido la etapa de averiguaciones preliminares,[7] la cual determinará el fundamento para formular los cargos al investigado, que se realizará a través de la expedición de un acto administrativo en el que se consignará de forma clara y evidente los hechos que dan lugar a la investigación, las personas naturales o jurídicas objeto de la misma, así como las normas presuntamente violadas y las sanciones o medidas que serían procedentes;[8] es preciso indicar, que el acto administrativo se tiene que notificar personalmente a quien es investigado, sin que haya lugar a la interposición de recursos contra el mismos, en la actuación administrativa.

Una vez formulados los cargos, el investigado, tiene un término de quince días para que si lo considera pertinente presente los descargos, solicite o aporte las pruebas en pro de su defensa. El periodo probatorio no puede ser superior a treinta días, pero en el caso de ser tres o más los investigados o sea

---

[6] El artículo 47 del CPACA lo expresa de la siguiente manera: "Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".

[7] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 47.

[8] Con el artículo 47 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

necesario practicar pruebas en el exterior, puede ser de hasta sesenta días; circunstancia lógica, por tratarse del número de investigados y el lugar de la práctica de las pruebas, que además amerita decir, que la regulación ha debido permitir a la autoridad administrativa un término mayor para casos especiales de práctica de pruebas y en esta medida indicar, que de acuerdo a las necesidad probatorias y al criterio del investigador, se podría ampliar dicho periodo.[9]

Surtida la etapa probatoria, se le otorgará al investigado un término de diez días para que presente los alegatos, que en el lenguaje jurídico tradicional se llaman de conclusión, en cuanto son previos a la decisión y en los cuales se reafirman las exculpaciones con fundamento en las pruebas practicadas.

Cumplida la etapa de alegatos, se profiere la decisión dictando un acto administrativo que tiene el carácter de definitivo en el término de treinta días hábiles,[10] el cual debe contener: "1. La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar. 2. El análisis de los hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción. 3. Las normas infringidas con los hechos probados. 4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación".[11]

El artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, consagra los criterios de graduación de las faltas y de las sanciones, que de una u otra manera se concretan en las consecuencias de la actuación, el beneficio o provecho de quien comete la falta, la reincidencia, falta de colaboración en la investigación, renuencia a las órdenes impartidas por las autoridades administrativas y la aceptación de los cargos.[12]

Existe una obligación especial de quienes son investigados dentro de un procedimiento sancionatorio, en el sentido de prestar colaboración en el trámite administrativo, suministrando la información y los documentos requeridos; en el caso de rehusarse a prestar dicha colaboración ocultando la información, impidiendo o no autorizando el ingreso a sus archivos, remitiéndola con errores evidente o de manera incompleta, dando lugar a la

---

[9] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 48.

[10] El artículo 49 del CPACA expresa, que el acto que contiene la decisión en el procedimiento sancionatorio, pone fin al mismo, lo cual no es cierto, pues por tratarse de un acto definitivo contra el mismo proceden recursos en vía administrativa, los cuales se deciden dentro del trámite administrativo y de esta manera, se sigue estando dentro del procedimiento que nos ocupa, es decir el sancionatorio.

[11] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 49.

[12] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 50.

aplicación de multa de hasta cien salarios mínimos legales mensuales,[13] con el agravante de que si no se cumple con la obligación, es posible imponer multas sucesivas entre uno y quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes mientras permanezca en la omisión;[14] obligación que se refiere al deber de colaborar con la investigación y no con el pago de la multa, porque si esto fuera así, se estaría contrariando lo consignado en el artículo 90 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto que la sanción allí prevista se da por el incumplimiento de obligaciones previstas en un acto administrativo, que no sean dinerarias.

El artículo 2 de los decretos legislativos, adicionó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción, en el sentido de establecer que los procedimientos sancionatorios en contratación pública se pueden desarrollar por medios electrónicos; regulación que en estricto sentido es idéntica a la anterior, en la medida que el mencionado artículo 86 consagra el trámite administrativo para aplicar sanciones en los procedimientos de contratos públicos, constituyendo por tal razón actuación administrativa a la cual se le aplica el Código de Procedimiento Administrativo, que ya contemplaba la posibilidad que hoy se regula como se hizo referencia anteriormente con el análisis del procedimiento sancionatorio en el CPACA; por tal razón no era necesaria la norma.

V. El acto de revocatoria de la apertura y del proceso de selección del contratista: una fundamentación de servicio público

El acto administrativo que permite la apertura de un proceso de selección de contratistas tiene que estar motivado por indicación de la norma; lo que implica que se consignen las razones de hecho y de derecho que han movido a la entidad del Estado a proferir la decisión de surtir el trámite de contratación, motivaciones que deben ser de carácter técnico, jurídico y presupuestal; que además, han de estar fundamentadas en la necesidad de la celebración del contrato, que se derivan de los estudios previos de planeación y de las

[13] Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 51.

[14] Aquí hay que indicar que el CPACA, establece en principio la posibilidad de sancionar hasta con cien salarios mínimos legales mensuales a quien no colabore con la investigación, pero además, permite la imposición de multas cuando haya renuencia al cumplimiento de una obligación prevista en una acto administrativo, mientras permanezca en rebeldía, lo que significa, que es posible en nuestro parecer la imposición de una nueva sanción, si el obligado permanece en rebeldía a la colaboración, en los términos del artículo 90 de la Ley 1437 de 2011.

regulaciones del pliegos de condiciones que se han tenido que configurar y que hacen parte del trámite administrativo de contratación.[15] Criterios que se tornan claros por lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1510 de 2013 compilado por el Decreto 1082 de 2015 que alusión al contenido que de incluir el acto administrativo que ordena la apertura del proceso de selección del contratista del Estado.[16]

En el mismo sentido, el acto administrativo que se profiere para dar inicio al proceso de selección del contratista es producto de una actuación en principio unilateral de la Administración, ya que es el resultado de la voluntad de la entidad pública, sin que el particular tenga mayor intervención en su expedición, ni siquiera, a través de solicitudes previas o con fundamento en adhesión a la voluntad de la Administración, con excepción de los eventos de contratos en las asociaciones público privadas de iniciativa privada en que exista interés en dar inicio al proceso de selección;[17] pero además, no posee el carácter de acto administrativo de naturaleza particular, en cuanto a que no está generando derechos en beneficio de terceros y el procedimiento de publicidad no se realiza a través de la notificación personal, puesto que el artículo 30 del Estatuto Contractual, en el numeral tercero establece la necesidad de efectuar avisos invitando públicamente a participar en la licitación, es ahí donde se da a conocer el acto que ordena la apertura de la licitación y se cumple con el principio de publicidad;[18] pero además, con la obligación de publicación de todos los actos del procedimiento de contratación en el SECOP, se está cumpliendo con el principio de publicidad.

Por tal razón, no comparto lo propuesto por el profesor Escobar Gil, en cuanto a que el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación es un acto particular, que genera una situación jurídica subjetiva y que por tal circunstancia no es posible revocarlo sino con el consentimiento expreso y escrito de quienes participan en el procedimiento administrativo, puesto que nace para los interesados el derecho subjetivo y el interés legítimo de

---

[15] Dávila Vinueza, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001, p. 280, es coherente con este planteamiento, llegando al punto de indicar que si al momento de dictarse el acto de apertura del proceso de selección, no existen los pliegos de condiciones, existe una violación de la ley.

[16] Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1510 de 2013, artículo 24.

[17] Congreso de la República de Colombia, Ley 1508 de 2012.

[18] Expósito Vélez, J. C., *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 451, expresa que el principio de publicidad se cumple en cuanto al proceso de selección, con la comunicación que se debe hacer a las Cámaras de comercio, respecto de la información general del procedimiento a surtir y que referido al evento del acto de apertura, si ya se profirió, de igual manera tiene ser incluido en la información enviada a la Cámara de Comercio.

participar en el trámite de escogencia del contratista;[19] en la medida que el acto que ordena la apertura de la selección, crea solamente una expectativa en quienes deseen participar en el proceso, dando lugar solamente la posibilidad de presentar ofertas, de manera impersonal y abstracta; pero en ningún momento crea una situación jurídica particular que se encamine a una persona en particular.

Teniendo en cuenta el estado de emergencia y ante la imposibilidad de continuar con los procedimientos de escogencia de los contratistas, se consagró en el artículo 3o. la facultad de las entidades públicas de suspender los procedimientos en curso; de la misma manera, la revocatoria del acto de apertura del proceso de selección, con el fin de dar posibilidad de destinar los recursos a proyectos dirigidos a atender la crisis; siempre y cuando no se hayan presentado ofertas, porque de haber ocurrido tal situación, el procedimiento de contratación debe continuar.

En este caso, antes de la regulación contenida en el artículo mencionado, era posible tanto la suspensión del procedimiento de selección como la revocatoria del acto de apertura, teniendo en cuenta la necesidad de servicio público, y además por las siguientes razones:

En cuanto a la suspensión ya existían normas y criterios jurisprudenciales que lo permitían, como es el caso del artículo de la Ley 1150 de 2077; así mismo Colombia Compra Eficiente ya lo había contemplado, haciendo alusión al cuidado en que se cumpla el criterio de servicio público, como lo hizo al resolver la consulta con Radicación: Respuesta a consulta #4201714000002326, en que dijo: "2. La finalidad de la suspensión del Proceso de Contratación, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan escoger la oferta más favorable a la Entidad Estatal".

En el mismo sentido y en cuanto a la revocación del acto de apertura, el artículo 68 de la Ley 80 de 1933 establece que los actos contractuales se pueden revocar en tanto no haya existido sentencia anulatoria de los mismos, criterio que fue adoptado por el Consejo de Estado desde tiempo atrás, como lo hace la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 76001233100019980109301(31297), sentencia de noviembre 26 de 2014 M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera cuando dice:

> En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir,

[19] Escobar Gil, R., *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 180 y 181.

> hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

Lo cual fue ratificado en sentencias posteriores, así como en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de Colombia Compra eficiente, en que se hace alusión a la posibilidad de revocar el acto de apertura de un proceso de selección de contratistas siempre y cuando no se hayan presentado ofertas; aunque en mi concepto no se ha debido establecer dicha limitante de forma genérica, porque en eventos en los cuales por alguna circunstancia no sea posible ejecutar un contrato, no se debería impedir la revocatoria del acto de apertura del proceso de escogencia del contratista.

Pero además, la posibilidad de revocatoria del acto de apertura se fundamenta en lo previsto en los artículos 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 que establece las causales de revocatoria las cuales corresponden a: "1. Cuando sea manifiesta su oposición a la constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona"; lo que implica que la revocatoria como consecuencia del estado de emergencia se vea involucrada en lo previsto en esta norma y en mi parecer en la causal segunda que ha de entenderse que por razones de servicio público se puede revocar un acto administrativo; por tal razón, no estoy de acuerdo como lo plantean algunos, que en este caso se ha consagrado una nueva causal de revocatoria, pues la misma está inmersa en la causal segunda del artículo 93 del CPACA.

En efecto, la necesidad de servicio público determina la posibilidad de revocatoria de un acto administrativo, criterio que está inmerso en la causal segunda; pero además, si nos atenemos a la causal tercera, esta y la anterior conforman el fundamento de conveniencia u oportunidad para la entidad pública en la revocación; así como la causal primera se constituye como causal de legalidad.

VI. La urgencia manifiesta: contratación directa en casos de estados de emergencia

En el evento en que por causas de estados de excepción, circunstancias de calamidad, fuerza mayor o desastre, que ameriten atención inmediata, sea

imperioso la celebración de contratos de forma apremiante, sin que sea posible implementar el procedimiento normal de selección del contratista, se ha contemplado un trámite sumario de contratación que corresponde a la urgencia manifiesta.[20]

Urgencia manifiesta que ha de ser declarada a través de acto administrativo debidamente motivado, en que se indiquen las razones que mueven a la Administración a utilizar dicho mecanismo de selección, la cuales tienen que estar debidamente fundamentadas, en la medida que la declaratoria es objeto de control por parte de la contraloría respectiva, que establecerá la existencia de la situación apremiante para la declaratoria de la urgencia y la legalidad en el procedimiento administrativo de celebración del contrato;[21] puesto que en todo caso se busca la protección del servicio público y el interés general, por intermedio del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras para conjurar situaciones excepcionales de emergencia o que provengan de los estados de excepción.[22]

La celebración contratos a través de urgencia manifiesta, posibilita que se haga caso omiso de actuaciones que en circunstancias normales son obligatorias dentro del procedimiento administrativo de pública, como son el contrato escrito[23] y la existencia de disponibilidad presupuestal previa; puesto que ante la necesidad apremiante de solucionar la circunstancia de anormalidad se puede prescindir en principio del contrato con la formalidad de escrituralidad,[24] y de la disponibilidad presupuestal previa.[25]

Se pueden omitir algunos requisitos del contrato de manera transitoria, porque en la primera oportunidad que se presente, se tienen que cumplir, para que la contratación no afecte principios esenciales del procedimiento administrativo que nos ocupa; en la medida que los mismos son objeto del control correspondiente por la contraloría, ya que a pesar de ser un trámite excepcional de contratación, no se escapa a la legalidad y al control que corresponde.[26]

---

[20] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 42.

[21] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 43.

[22] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1992, artículo 42.

[23] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 41.

[24] Dávila Vinueza, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001, p. 331.

[25] El parágrafo del artículo 42 del Estatuto de Contratación Pública de 1993 lo permite.

[26] La Corte Constitucional en Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas reconoció que la declaratoria de urgencia manifiesta es una excepcionalidad.

Por tal razón, en el ordenamiento jurídico colombiano la Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de Contratación Pública contempla en los artículos 42 y 43 la urgencia manifiesta como una forma de causal de contratación directa en los casos de estados de excepción y de emergencia sanitaria como la del COVID-19; sin embargo, en el artículo 7 de los decretos legislativos dictados como consecuencia del estado de emergencia a que nos hemos venido refiriendo, se contempló la posibilidad de contratación de urgencia para la adquisición de bienes y servicios en caminados a solucionar la crisis, estableciendo que con la declaratoria del Estado de Emergencia se entiende comprobado el hecho que fundamenta la urgencia manifiesta para los contratos encaminados a atender la excepcionalidad; aclarando, que es solo para los contratos relacionados con la pandemia sanitaria que se presenta.

En tal medida, esta regulación en los decretos de emergencia no es novedad, porque ya estaba prevista; pero además era innecesaria, porque si lo que se persigue es agilizar el procedimiento de contratación, esto ya sucedía. Podría pensarse que como los nuevos decretos permiten que las entidades de régimen exceptuado hagan uso de urgencia la manifiesta, esto constituye novedad; pero si la institución es para dar la posibilidad de contratación directa, pues en la mayoría por no decir todos de los manuales de funciones de dichas entidades está previsto la contratación directa en caso de emergencia, lo que ratifica lo innecesario de la consagración.

VII. Modificación de los contratos del Estado: otra expresión de necesidad de servicio público

Una entidad del Estado para alcanzar el fin de lo que aspira con un acuerdo contractual, es la potestad de dirección y vigilancia sobre el contrato; en tal sentido, corresponde a la Administración verificar la ejecución del contrato y en esta circunstancia, más que una competencia o potestad, es una obligación que debe cumplir.[27]

De la misma manera, la Administración tiene unas prerrogativas excepcionales para alcanzar el cumplimiento de la finalidad del contrato, que se concretan que las denominadas cláusulas excepcionales o como considero se tienen que identificar, potestades excepcionales, que involucran la caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación

[27] Cuando el artículo 4o. de la Ley 80 de 1993, hace alusión a los derechos y deberes de las entidades estatales en el contrato.

unilateral, reversión, reciprocidad, tratamiento de ofertas nacionales, multas, declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías.[28]

Si un contrato que ha estipular cláusulas o potestades excepcionales de acuerdo al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se consideran pactadas así no se consagren expresamente, ya que si bien es cierto, el mentado artículo hace alusión a que en los contratos de suministro y de prestación de servicios es facultativo acordarlas, seguidamente se indica que en todos los contratos del numeral segundo del mencionado artículo 14, si no se pactan se consideran pactadas, lo cual involucra los contratos de prestación de servicios y suministro.

Quiere decir lo dicho, que hay un primer grupo de contratos donde es imperativo consignar cláusulas o potestades excepcionales; de la misma manera existe un segundo grupo de contratos en los que está prohibido pactarlas, ya sea por la naturaleza del acuerdo o por la calidad de quienes intervienen en el contrato, teniendo en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.[29]

En tal sentido, existen dos clases de contratos, unos que exigen incluir cláusulas o potestades excepcionales y otros que no lo permiten; pero hay un tercer grupo en los que no se ha indicado si se permite o no contemplarlas, ya que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no contempla todos los contratos en la regulación; circunstancia que permite preguntar, en qué grupo es procedente ubicarlos, si en los que obliga a pactarlas o en los que no lo permite.

Para resolver dicho cuestionamiento se deben confrontar dos principios de la contratación del Estado, que corresponden al de la autonomía de la voluntad y el de la habilitación legal; respecto al primero, las entidades públicas tienen la posibilidad de celebrar todos los contratos que estén previstos en el derecho privado[30] y celebrar los pactos que considere su voluntariedad, en cuanto que estén conformes a la legalidad, al orden público y a las buenas costumbres, ya que este es el sentido del concepto autonomía de la voluntad en la Ley de Contratos Públicos de Colombia.[31]

En cuanto al principio de la habilitación legal, corresponde a una manifestación del principio de legalidad, que expresa que las autoridades públicas, únicamente pueden ejecutar los actos que una norma legal los facul-

---

[28] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 14.

[29] Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 14.

[30] Es la consagración del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

[31] Consejo de Estado de Colombia, Exp. 36054 de 2010.

ta; es decir, que para el efecto de la actuación de contratación del Estado, únicamente es permitido acordar e incluir en los contratos los acuerdos y requisitos que autoriza la ley.[32]

Constituye lo indicado, que la confrontación de los dos principios mentados, la jurisprudencia del Consejo de Estado, limitando la autonomía de la voluntad, le otorgado prelación al concepto de la habilitación legal y en esta circunstancia, ha indicado que en los contratos en que no se haya consagrado en una norma incluir cláusulas o potestades excepcionales, no es posible realizarlo, puesto que en asunto de trámite administrativo de contratación, las autoridades públicas están circunscritas o restringidas por la legalidad;[33] por esta circunstancia, he reiterado en diversas ocasiones que en temas de contratos del Estado no se puede presentar discrecionalidad administrativa.

Al someterse a la existencia de una regulación normativa que claramente autorice la consagración de cláusulas o potestades excepcionales en un contrato, que no se involucre en los consignados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 o en otra disposición específica, se está afectado el principio de la autonomía de la voluntad; De la misma manera se está rebasando el concepto de legalidad e interpretando de manera equivocada el principio de la habilitación legal previstos en la Ley 80 de 1993.

Los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 son taxativos en autorizar la autonomía de la voluntad en los contratos públicos en Colombia, lo que implica que se presenta autorización legal para la implementación de dicho principio, y en esta circunstancia, si se realiza un pacto entre las partes de consignar cláusulas excepcionales en un contrato que no esté incluido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no se está vulnerando el principio de legalidad ni de habilitación legal, puesto que una norma ya lo previó.

Así las cosas, no es la discrecionalidad unilateral de quienes intervienen en el contrato, la que permite la utilización de la autonomía de la voluntad para consignar una cláusula o potestad excepcional, sino la autorización o habilitación que la ley ha dado y en esta medida se acata dicho principio; de la misma manera, los artículos 4o. y 14 de la Ley 80 de 1993, al hacer alusión a los derechos y deberes de las entidades del Estado en los contratos públicos y de los medios para la ejecución del objeto del contrato, son expresos en autorizar que las entidades públicas hagan uso ciertas prerrogativas para su cumplimiento, que se consagran a título enunciativo en el artículo 14 de

[32] Consejo de Estado de Colombia, Exp. 24715 de 2007.

[33] Consejo de Estado de Colombia, Exp. 30802 de 2006.

la Ley 80 de 1993, ya que las limitaciones, se contemplaron expresamente en el parágrafo de la misma norma.

Ha de entenderse, que el legislador buscó claramente que en tales contratos no se incluyeran, pero como no era posible enlistar todos en los que se podían incluir, únicamente lo hizo a título enunciativo y en los que no mencionó debe de comprenderse que opera el principio de autonomía de la voluntad, es decir, que se tendría que autorizar el pacto; siempre y cuando se cumplan postulados de legalidad, interés general, orden público, buenas costumbres, así como la naturaleza y especificidad de cada contrato, ya que en algunos evento y como los acuerdos que pueden celebrar las entidades públicas son tan amplios, es posible que ocurra que no opere la consagración de una cláusula o potestad excepcional.

Considero, que autorizar la inclusión de cláusulas o potestades excepcionales en los contratos en que el legislador no ha manifestado nada de forma clara, beneficia la contratación del Estado, el interés general y ampara el servicio público, puesto que son mecanismo que posee la Administración para alcanzar el cumplimiento de los fines del contrato; esto es así, ya que en ocasiones, una decisión que jurídicamente es correcta, puede afectar el procedimiento de contratación , como sucede con la consagración de potestades excepcionales en contratos que se rigen por el derecho privado.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado, que en los contratos que se rigen por el derecho privado, es decir, los de régimen exceptuado que no aplican el Estatuto Contractual Público, no es factible consagrar cláusulas o potestades excepcionales, en cuanto que estas son de derecho público administrativo y el régimen de tales contratos es de derecho privado; criterio que argumentativamente es correcto, sin embargo, en la practicidad afecta la actividad del Estado, puesto que una entidad pública que contrate con el régimen privado queda de alguna manera limitada en la utilización de potestades excepcionales y deberá que presentar ante juez natural del contrato para que se apliquen sanciones al contratista que es incumplido, lo que en mi concepto perjudica la actividad de servicio público.[34]

En tales condiciones, el artículo 40 de la Ley de Contratos Públicos de Colombia establece, que los contratos que celebra una entidad del Estado sometida a la regulación de dicha norma, no se pueden adicionar en más del 50% del valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero lo que ahora contempla el artículo 8 de los decretos legislativos mencionados hace referencia a que en los contratos relacionados

[34] Consejo de Estado de Colombia, Exp. 2010-00262 de 2014.

con la prestaciones de servicios, bienes y obras relacionadas con la atención de la crisis sanitaria, se podrán adicionar sin tener en cuenta la limitación del valor; estableciendo de todas maneras la necesidad de la adición o modificación.

Sin embargo, la posibilidad de adicionar o modificar los contratos por más del 50% del valor inicial ya estaba prevista en la consagración del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que establece la modificación unilateral, la cual se podrá hacer por la entidad pública después de haberlo intentado de acuerdo con el contratista, en circunstancias de necesidad del servicio público como las actuales, en una proporción superior al límite previsto por el artículo 40 de la misma norma a que se hizo referencia anteriormente.

Hay otra excepción al límite mencionado, es en los casos de contratos de interventoría en que al modificarse el contrato principal, la adición de la interventoría puede superar el 50% del valor inicial.

Podría pensarse que los decretos de emergencia constituyen novedad en cuanto a que previeron la posibilidad de modificación por más del 50%; del valor inicial de los contratos celebrados que se refieren a bienes, obras o servicios, que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia; lo que significa o da a entender que son los contratos ya celebrados, es decir, los que vienen antes de la crisis, por lo que a estos se debe aplicar la regla del artículo 14 de la Ley 80 en el sentido de los que son susceptibles de incluir potestades excepcionales.

La norma de emergencia dice, además, que la disposición se aplica a los contratos que se celebren como consecuencia de la emergencia sanitaria, lo que implica que la regulación se refiere a aquellos contratos de la misma naturaleza que los celebrados previamente a la crisis y que sirvan para mitigarla o conjurarla; lo que determina, que no hay existido novedad alguna porque la inclusión de la potestad excepcional se refiere a todos los contratos que se celebren y que sean susceptibles de incluir dicho cláusula o poder unilateral; no a todos de manera genérica, ya que la norma debe interpretarse de forma sistemática por la integralidad de su contenido.

VIII. Conclusiones

El Estado Colombiano con una muy buena intención ha dictado decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis derivada del COVID-19, otorgando prerrogativas a las entidades públicas.

En asuntos de contratos, las regulaciones ya estaban previstas en las normas que regulan la contratación administrativa y que, así no se hubieran dictado los decretos legislativos, se habrían podido utilizar.

En algunos casos pareciera que se trata de normas novedosas como en el evento de la urgencia manifiesta para entidades de régimen exceptuado, sin embargo, por tratarse de un mecanismo de contratación directa, en los manuales de contratos de dichas entidades, por regla general, se consagra una forma de contratación directa en caso de emergencia.

No es cierto que en el evento de revocatoria del acto de apertura de un proceso de selección de contratistas, se haya contemplado una nueva causal de revocación, ya que este caso del estado de emergencia derivada del COVID-19 de puede involucrar en el numeral 2 del artículo 93 del CPACA.

De la misma manera, la consagración de la posibilidad de modificación por más del 50% ha de entenderse respecto de todos los contratos que a los cuales se podrá incluir la potestad de modificación unilateral del artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, se trata de una clara violación del principio de legalidad que en un estado de emergencia como el derivado del COVID-19, no es más que otra muestra de arbitrariedad el Estado.

IX. Bibliografía

Colombia Compra Eficiente. (18 de mayo de 2017). *Respuesta a consulta #4201714000002326*. Recuperado de *https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/ default/files/concepto/2018/4201714000002326_-_suspension_de_procesos/4201714000002326_-_suspension_de_procesos-original.pdf.*

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993*)*. Ley 80 de 1993: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *D. O.* 41094.

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. *D. O.* 46691.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *D. O.* 47956.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011. *D. O.* 48128.

Congreso de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Ley 1508 de 2012. *D. O.* 48308.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Tercera. (30 de noviembre de 2006). *Exp. 30802 de 2006*. M. P. Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (3 de diciembre de 2007). *Exp. 24715 de 2007*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera. (14 de abril de 2010). *Exp. 36054 de 2010*. M. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de febrero de 2014). *Exp. 2010-00262 de 2014*. M. P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de noviembre de 2014). *Exp. 76001233100019980109301(31297)*. M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de septiembre de 2001). *Sentencia C-949 de 2001*. M. P. Clara Inés Vargas.

Dávila Vinueza, L. G. , *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001.

Escobar Gil, R., *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999.

Expósito Vélez, J. C. , *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Presidencia de la República de Colombia (8 de enero de 2003), Ley 794 de 2003, Código de Procedimiento Civil, *D. O.* 45058.

Presidencia de la República de Colombia (17 de julio de 2013), Decreto 1510 de 2013, *D. O.* 48854.

Presidencia de la República de Colombia (26 de mayo de 2015), Decreto 1082 2015, *D. O.* 49523.

Presidencia de la República de Colombia (17 de marzo de 2020), Decreto 417 de 2020, *D. O.* 51259.

EMERGENCIAS, ORDEN CONSTITUCIONAL Y COVID-19 EN ARGENTINA

Antonio María HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las emergencias y el orden constitucional.* III. *La emergencia del COVID-19 en Argentina.* IV. *Propuestas y reflexiones finales.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones sobre estos temas de gran complejidad, importancia y actualidad se efectuarán en 3 acápites. El primero, destinado a los aspectos conceptuales sobre las emergencias, sus institutos respectivos y el impacto que producen en el orden constitucional y en los derechos humanos.

Y aunque el objeto de análisis está enfocado en el caso de Argentina principalmente, no puede desconocerse su trascendencia en los ámbitos regionales americanos y europeos y mundiales.

En segundo lugar se considerará lo ocurrido en nuestro país para enfrentar al COVID-19, bajo el punto de vista institucional y constitucional, por parte de los diversos órdenes gubernamentales de la Federación.

Y finalmente, presentaremos unas breves reflexiones finales, en estas cuestiones que afectan a la humanidad entera y a sus países y organizaciones internacionales.[1]

[1] Con fecha 20 de julio 2020 se han contabilizado 14.599.613 afectados y 607.746 muertos a nivel mundial por el COVID-19, según información de la John Hopkins University. La emergencia en salud pública fue dispuesta por la Organización Mundial de la Salud con fecha 30 de enero de 2020 y fue calificada como Pandemia el 11 de marzo de 2020. El origen del Coronavirus fue en la ciudad de Wuhan, en China, que ocultó información y demoró las comunicaciones a nivel internacional. En solo algo más de una decena de pequeños países isleños no se han reportado casos de contagio dentro de los 194 reconocidos por la ONU, lo que indica la magnitud notable de la pandemia.

II. Las emergencias y el orden constitucional

El problema de las emergencias *tiene un alcance global y ha merecido especial tratamiento por las Naciones Unidas*, a través de su Consejo Económico Social y de su Comisión de Derechos Humanos, que desde hace más de 3 décadas comenzó el estudio y seguimiento de su impacto en los estados de derecho y en los derechos humanos. El Relator Especial, Leandro Despouy, sostuvo en las Conclusiones y Recomendaciones de su 10o. Informe, que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla.[2]

Fue lo que advirtió en su momento Giorgio Agamben en su conocida obra sobre el Estado de Excepción,[3] convertido en un sistema normal de gobierno, con avances sobre la democracia y los derechos individuales.[4]

Por su parte, la *Asociación Internacional de Derecho Constitucional* organizó junto a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional una *Mesa Redonda sobre "Constitucionalismo en tiempos de emergencia"*.[5] El primer panel consideró el siguiente tema: *"Schmitt vs. Dicey: ¿Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico?"* y fue su objetivo promover el debate sobre los aspectos jurídico-filosóficos de los estados de emergencia.

---

[2] El informe fue titulado "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción", de fecha 23 de junio de 1997, en el 49 periodo de sesiones de Naciones Unidas, con versión original en inglés. Con motivo del COVID-19 se ha mencionado que más de 50 países han declarado estados de emergencia. Para un análisis de la legislación comparada en esta materia véase Tom Ginsburg y Mila Versteeg, COVID-19 "Estados de emergencia: Parte 1", *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard on line*, 17 de abril de 2020, disponible en: *www.harvardlawreview.org*.

[3] Agamben, Giorgio, *State of Excepcion*, Chicago, Chicago University Press, 2005.

[4] Para un debate actual sobre esta cuestión desde una perspectiva filosófica, véase "Sopa de Wuhan", con la participación de Agamben, Zizek, Franco Berardi, Jean Luc Nancy y Chul Han, entre otros, Ebook editado por ASPO, con el diseño y edición de Pablo Amadeo, marzo 2020. El libro está dedicado a Li Wenliang, que fue el primer médico que denunció el virus en la ciudad de Wuhan, siendo por ello perseguido por el Gobierno de China y finalmente muerto por la pandemia.

[5] Que organizáramos en Córdoba, durante los días 24 y 24¡5 de junio de 2005, en nuestro carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. En base a ello, ambas asociaciones publicaron el libro *Constitucionalismo en tiempo de emergencia*, con nuestra Coordinación y cuyos autores fueron los profesores Brewer Carías, Burgorgue-Larsen, Cea Egaña, Cho, Dalla Via, Dyzenhaus, Garlicki, González Cruz, Hernández, Rosenfeld, Sabsay, Sagués, Saunders y Vanossi, editado por editorial Advocatus, Córdoba, 2007.

David Dyzenhaus[6] sostuvo que frente al pensamiento de Schmitt enunciado en su obra "Political Theology", que se sintetiza en que no hay norma aplicable al caos y que es soberano el que decide en última instancia sobre la excepción,[7] las distintas respuestas posibles operadas desde el liberalismo correspondieron a John Locke;[8] Lord Hoffmann, Law Lord[9] y a Albert V. Dicey.[10] Luego de analizar el modelo de legalidad de Dicey,[11] fijó su posición a favor del *rule of law* sustantivo en todo momento, incluso en las emergencias, mediante un accionar de cooperación de los 3 poderes del Estado, para que los funcionarios intervinientes actúen bajo los principios del orden

---

[6] Profesor de la Universidad de Toronto, Canadá, autor del artículo "Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?, en *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, *cit.*, pp. 93/133.

[7] Schmitt Carl, "*Political Theology": four chapters on the concept of sovereignty*, Cambridge, Massachussets, MIT, 1988.

[8] En sus "Two Treatises on Government"

[9] En el caso "A v Secretary of State for the Home Department", *WLR*, vol. 2, núm. 87, 2005, par. 88/89.

[10] En su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959. Luego analizó las opiniones de Ferejohn y Pasquino (Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, "The Law of the Exception: A Tipology of Emergency Powers", *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210/239) sobre Dicey y las correspondientes a Kelsen (en relación a la Identity Thesis, o sea que el Estado está constituido totalmente por el Derecho) y Dworkin ("Hard cases", *Taking Rights Seriously*, Londres, Ducworth, 1977, pp. 81/121. Más adelante criticó los puntos de vista de Rossiter (en *Constitutional Dictatorship*, Princeton, Princeton University Press, 1948, y coincidió con Giorgio Agamben en sus posiciones contrarias a Schmitt. Posteriormente, consideró las respuestas al terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas del 9 de septiembre de 2001, oponiéndose a los criterios de Bruce Ackerman ("The emergency Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 1029, 2004, y Sunstein (*On Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court*, Harvard, Harvard University Press, 1999), por sus interpretaciones sobre los fallos de la Corte Suprema norteamericana (En "Korematzu" y "Endo"(1944) y Hamdi (2004)). En relación con Ackerman, debe destacarse su concepto del "super-majoritarian escalator", donde defiende la necesidad de la aprobación legislativa de la declaración de emergencia, por un corto tiempo, y luego, en cada renovación, el requerimiento de una mayoría más calificada de legisladores. Ello, buscando la colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, con estricto control republicano y democrático durante la emergencia. También destacamos otro análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ("Hamdi", "Rasul" y"Padilla" (2004), además de los dictados por los más altos Tribunales de Inglaterra y de Israel sobre la guerra contra el terrorismo, de Michel Rosenfeld, "Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Diverse Approaches to the War on Terror", *Constitucionalisimo en tiempos de emergencia*, *cit.*, pp. 151 y ss.

[11] Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959. El autor en su análisis del derecho inglés puso de relieve que en el estado de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa del Parlamento en primer lugar, y que además, no hay posibilidad de instaurar una ley marcial en el sentido del estado de sitio francés. Dizenhaus expresa que "rule by law and rule of law are for Dicey two sides of the same coin", véase "Schmitt v. Dicey:...", *op. cit.*, p. 127.

legal.[12] Esta respuesta de las democracias constitucionales y liberales a las emergencias requiere siempre la participación del Poder Legislativo, aunque tenga mayores poderes el Ejecutivo y con el debido control por parte del Poder Judicial, para la defensa de los derechos individuales.[13]

En esta breve presentación de los aspectos teóricos de tan compleja cuestión,[14] comparto la distinción que efectúa Riberi entre estados de excepción y de emergencia, al expresar:

> ...más allá de la visión de Schmitt, es muy incómodo retratar "excepciones". Por el contrario, las "emergencias" siempre representan una construcción

[12] El autor rechaza la posibilidad que admiten algunos, de que haya un dualismo con rule of law en tiempos normales y sin el mismo en tiempos de emergencia. *Op. cit.*, pp. 132/3. Sobre estos aspectos conceptuales y teóricos que consideramos de especial complejidad, véase asimismo el importante artículo de Pablo Riberi: "Assessing Republican Wariness in Times of Hazard ant Turmoil", en varios autores (eds.), "*Constitutional Limits to security", Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*, Nomos-Facultas, 2009, pp. 189/215.

[13] Por su parte, Daniel Sabsay al comentar el trabajo de Dyzenhaus dijo: "Consideramos que el aporte de Dyzenhaus adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países desarrollados y en los que se encuentran en vías de desarrollo. En estos últimos las instituciones de emergencia se convierten muchas veces en recursos permanentes de los gobernantes, sobretodo de los titulares de ejecutivos presidencialistas. En los primeros se trata de momentos excepcionales de su vida institucional. El mensaje que queda para quienes habitamos en donde lo extraordinario se transforma en ordinario con inusitada y recurrente facilidad, consiste en descubrir que donde esto no ocurre, de todos modos se cuestiona seriamente el fenómeno".("A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico" (David Dyzenhaus), en *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, *cit.*, pp. 139). Los otros paneles analizaron estos temas:"Derecho, Política y Emergencias: Tres Perspectivas", para una consideración jurídico-política de la emergencia, a cargo de Vanossi, Rosenfeld y Burgorgue-Larsen; "Constitucionalismo y emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur", con el objetivo de analizar la cuestión en nuestra región, por parte de Valadés, Cea Egaña, Brewer Carías y Dalla Via; "Derecho supranacional y Derecho Internacional" y su objetivo fue el análisis de los tratados y jurisprudencia de dicho carácter, a cargo de Néstor Sagüés, de Byung-Yoon Cho y de Lech Garlicki, en su carácter de Ex Miembro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, las conclusiones finales estuvieron a cargo de Cheryl Saunders y Didier Maus, presidente y vicepresidente de la Asociación Internacional. Por razones de extensión de este trabajo, no podemos detenernos en su consideración, para lo que remitimos a la obra citada, aunque debemos poner de relieve que en las distintas exposiciones se advirtió una común preocupación por subordinar las emergencias y sus institutos a las Constituciones y al derecho internacional de los derechos humanos.

[14] Que debiera incluir otros autores como Hans Kelsen, entre otros, y cuyo estudio excede el propósito de esta obra. Véase Córdoba Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2009. Asimismo tampoco podemos detenernos en la perspectiva histórica de las emergencias, donde resalta el derecho romano y sus diversas instituciones como el "Senatus consultum ultimun"y la dictadura, entre otras.

> normativa basada en una constitución. De ahora en adelante, la idea subyacente de "emergencias" en lugar de excepciones resulta ser sutil pero evidente.[15]

Con *respecto a la región europea, debe destacarse el importante trabajo efectuado por la Comisión de Venecia,*[16] que compila la doctrina sobre los estados de emergencia en sus diversos aspectos: declaración y sus requisitos, duración, intervención del Parlamento y revisión por parte del Poder Judicial,[17] restricciones a los derechos fundamentales,[18] la necesidad y proporcionalidad de las medidas de emergencia, el respeto por las competencias de los gobiernos locales, entre otras cuestiones.[19] Se destaca en el trabajo el caso de las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, que no contienen disposiciones sobre estados de emergencia.[20]

En relación a nuestra región, la Corte Interamericana de Derecho Humanos emitió su Declaración 1/20 de 9 de abril pasado, bajo el título "COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", que reviste especial importancia.

Allí se considera que el multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia, bajo un enfoque de dere-

---

[15] Pablo Riberi: "Assessing Republican Wariness in times of hazard ant turmoil", en varios autores (eds.), *"Constitutional Limits to security", Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*, Nomos-Facultas, 2009, pp. 189/215, Punto III. Y el autor agrega: "Una emergencia es un concepto normativo sin el cual los desafíos políticos, económicos y sociales no pueden ser entendidos ni resueltos legalmente. Aunque engorroso, la conciencia constitucional y el carácter distintivo normativo de las emergencias son conceptos plausibles y necesarios".

[16] Que es la Comisión Europea para la democracia a través del Derecho, del Consejo de Europa y que publicó el 16 de abril de 2020 *on line* una compilación de las Opiniones y Reportes sobre Estados de emergencia, que reviste especial trascendencia y que también comprende la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

[17] Esta intervención de los Poderes Legislativo y Judicial en todo estado de emergencia es la Recomendación núm. 1713 de 2005 adoptada por el Parlamento Europeo, para evitar lesiones a los derechos fundamentales. Véase el punto sobre las Declaraciones de Estados de Emergencia, su definición y requisitos.

[18] Se indican los estándares similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 15) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27), en relación a la vigencia de los derechos fundamentales y al alcance de sus limitaciones durante los estados de emergencia. Véase el punto titulado Benchmarks, y el Rule of Law Checklist CDL-AD (2016)007.

[19] También se considera el tema de las elecciones en razón de las emergencias. Véase el punto X. Elections during states of emergency.

[20] En el punto IV "Constitutional entrenchment of the state of emergency".

chos humanos. Y que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.[21]

Debe destacarse la trascendencia de esta jurisprudencia en nuestro sistema regional americano de derechos humanos que fija estándares muy claros en la materia.

Con respecto al test de proporcionalidad para la restricción de derechos durante la emergencia, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor:[22]

> En términos generales, el Tribunal Interamericano ha considerado que una restricción es legítima cuando: *i)* esté prevista en una ley; *ii)* responda a un fin legítimo; *iii)* sea idónea para alcanzar tal fin; *iv)* sea necesaria, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo se utilice aquella que implique el menor grado posible de injerencia en el derecho en cuestión, y *v)* sea proporcional —proporcionalidad en sentido estricto—, esto es, que la medida logre una importante protección de derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción.

Es decisivo en este test detenerse en el concepto de Ley del alto Tribunal, que en la Opinión Consultiva núm. 6 ha expresado:

> Las leyes a que se refiere el artículo 30 de la Convención Americana son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.[23]

---

[21] Estos son los conceptos iniciales de la Declaración, remitiéndonos a la misma para su completa consideración. Para un análisis de derecho comparado en nuestra región véase González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

[22] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus. Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana", Barceló Rojas, Daniel *et al.* (coords.), *COVID-19 y parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 5. El autor expresa que dicha integración del test se puede encontrar en el caso *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 58/95 (*Cfr. op. cit.*, p. 5, nota 6).

[23] *Cfr.* "La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC-6,/86, de 9 de mayo de 1986, en el trabajo citado de Mac-Gregor, p. 5, nota 5.

En relación a la "suspensión de garantías", en la Opinión Consultiva núm. 8, el Tribunal sostiene que debe entenderse como la posibilidad de interrumpir momentáneamente el goce y ejercicio de algunos derechos y libertades consagrados por la Convención Americana, lo que se traduce en la suspensión de obligaciones que el Estado parte asumió al haber suscrito el Pacto de San José. Pero ello no significa que el Gobierno esté investido de poderes absolutos. La suspensión de garantías no debe exceder más allá de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites.[24]

> La Convención Americana de Derechos Humanos —dice Ferrer Mac-Gregor—[25] no establece un modelo único de ley para la suspensión de garantías, pues por las distintas situaciones que contempla el artículo 27.1, las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a las "exigencias de la situación", resultando claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras; en todo caso , la juridicidad de las medidas dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que aquellas guarden.

De todas maneras, el artículo 27 .2 de la CADH contiene "un núcleo inderogable de derechos" de 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.

En relación a esto último, en la Opinión Consultiva núm. 9 el Tribunal sostuvo que "...el entero régimen de protección judicial del artículo es aplicable a los derechos no suspendibles en los estados de emergencia, de tal

---

[24] *Cfr.* "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 6.

[25] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 7 y nota 17, donde cita los casos *Espinoza Gonzáles vs. Perú* y *Caso J. vs. Perú*, además de "El habeas corpus bajo suspensión de garantías", Opinión Consultiva núm. 8.

forma que debían considerarse como garantías judiciales indispensables, el *habeas corpus*, el amparo "o cualquier otro recurso efectivo antes los jueces o tribunales competentes".[26]

Con respecto a los controles durante los estados de emergencia la Corte Interamericana ha sostenido que son de dos tipos. El primero es sobre la declaración del estado de emergencia en sí mismo, para verificar si la suspensión de garantías es conforme a la CADH "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación"; y el segundo se refiere a los otros criterios ya enunciados sobre el núcleo inderogable de derechos; los límites espaciales, temporales y materiales de la emergencia para evitar su vaguedad; la plena vigencia de las garantías judiciales para controlar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y la obligación de notificar a los demás Estados las suspensiones de derechos.[27]

Y específicamente con respeto a esta emergencia por el COVID-19 en la Resolución 1/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho

> que la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual.[28]

Pero es evidente que en el orden de la realidad no hay un adecuado cumplimiento de esta jurisprudencia, salvo honrosas excepciones, como los casos de Uruguay en especial y Costa Rica.[29]

---

[26] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 8, donde cita "Garantías judiciales en estados de emergencia" (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87.

[27] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 10.

[28] En su Resolución 1/2020 del 10 de abril de 2020. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 12.

[29] Para un análisis de derecho comparado en nuestra región de 16 países, véase González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, on line, 2020, producida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Allí se observa como en la realidad de muchos de esos países se ha impuesto el gobierno por decreto, el hiperpresidencialismo y las violaciones de derechos fundamentales. Todo ello en notorio contraste con Uruguay, donde no se recurrió a institutos de emergencia por parte del Gobierno, sino a una libertad responsable por parte de la ciudadanía.

"En América Latina, los estados de emergencia significaron por décadas la desmesura legalizada", afirma Diego Valadés, que agrega seguidamente: "En la actualidad se encuentran sujetos a numerosos requisitos que permiten su utilización en condiciones de relativa seguridad jurídica. Empero, hacen falta los elementos complementarios aquí mencionados: interdicción de la arbitrariedad, derecho a la verdad, derechos de las minorías parlamentarias y una nueva forma de cultura pública".[30]

Con *respecto a Argentina,* decía en las palabras previas de un libro de nuestra autoría con este mismo título:[31]

> ...destinamos este ensayo al análisis de los procesos de emergencia y el orden constitucional, para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y porqué se produjo la decadencia de nuestro Estado de Derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar modificaciones en la actualidad y en el futuro, con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho.

Sin poder realizar un análisis exhaustivo de los temas tratados en la obra, queremos mencionar algunos aspectos relevantes, entre los que se encuentran la *distinción entre emergencias e institutos de emergencia* y el uso y abuso de los *distintos institutos de emergencia que hemos padecido.*

---

[30] Valadés, Diego, "Problemas constitucionales de los Estados de emergencia"- El Estado es derecho y el derecho es sentido común convertido en deber ser", en Barceló Rojas, Daniel Armando (coord.), *COVID19 y Parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena*, *cit.*, p. XXIV. En su agudo análisis sobre el derecho a la verdad, sostiene: "...es posible constatar que mentir, falseando, ocultando o exagerando hechos, se ha vuelto habitual incluso por parte de Jefes de Estado y de gobierno. A la mentira política pública se añadió una circunstancia de relevancia generalizada: la del COVID-19. Es probable que los Estados carecieran de datos exactos acerca de la pandemia y que por ende sus funcionarios no dijeran mentiras, pero así como en materia de derecho su ignorancia no excusa su cumplimiento, en lo que atañe al interés social los titulares de los órganos del poder no quedan relevados de su responsabilidad política por desconocer la realidad de los hechos. El derecho a la verdad significa que el poder no debe ocultarla y, además, debe procurarla "...Y más adelante señala: "Aquí encontramos otra debilidad institucional: el temor reverencial, la disciplina vertical y la obsecuencia que contribuyen a la reiteración escalonada de la mentira tiene una parte de su origen en la naturaleza patrimonialista del ejercicio del poder" (p. XXVI).

[31] Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002 y 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Rubinzal Culzoni, 2003, con Prólogo de Diego Valadés. Para un análisis más profundo de lo que expondremos, nos remitimos a este libro en razón de brevedad. Véase además, Antonio María Hernández, cap. XII, 2a. parte, "Limitaciones a los derechos y garantías", en Hernández, Antonio María (dir.), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 2 tomos.

Sobre el *concepto de emergencia,* expresó Germán Bidart Campos:[32]

> son situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad.[33]

Por nuestra parte consideramos que las emergencias y sus institutos: *a)* son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, *b)* pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza;[34] *c)* para enfrentarlas el derecho crea diversas instituciones

---

[32] Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 349.

[33] Por su parte, Segundo V. Linares Quintana afirmó que la "libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia" y recordó a José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: "...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?..."¿Qué me importa tener leyes, constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?" (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1956, t. 5, p. 396/7).

[34] Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 349. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que las situaciones de emergencia: "...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios; a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc." y estableció como criterio general que "Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados" (CSJN, "Perón Juan D.", sentencia del 21 de junio de 1957). Y en otro fallo sostuvo sobre esto último: "...que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda" (CSJN, "Peralta Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA, fallado el 27 de diciembre de 1990). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el Art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sobre "alguna emergencia que amenace la vida de la Nación", dijo que el significado es suficientemente claro y que se refiere a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado" (TEDH, "Lawless c. Irlanda", núm. 327/57, Sentencia del 1 de julio de 1961, Considerando 28, bajo la Presidencia del gran jurista y Premio Nobel de la Paz René Cassin.

de emergencia;[35] *d)* estas producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, decaimiento y restricciones en los derechos y garantías individuales; *e)* debe existir un verdadero estado de necesidad; *f)* debe mantenerse el pleno funcionamiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Congreso y del Poder Judicial, para el control de constitucionalidad; *g)* debe respetarse la forma federal de estado; y *h)* debe establecerse la duración de las medidas dispuestas.[36]

Y en cuanto a nuestros *institutos de emergencia, los hemos clasificado en previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución.*[37]

A su vez, entre los primeros hay que distinguir entre los existentes desde la Constitución originaria de 1853: la intervención federal (artículo 6) y el estado de sitio (artículo 23); y los incorporados en la Reforma de 1994: la delegación legislativa (artículo 76) y los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3).

Los institutos prohibidos por el artículo 29 son la suma del poder público y la concesión de las facultades extraordinarias. Ese artículo, de notable elocuencia y espíritu republicano, fue escrito con letras de sangre, como dijera José Manuel Estrada, en referencia a la dictadura de Rosas.

---

[35] Bidart Campos distinguió las "emergencias" de los "institutos de emergencia" que eran "creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias". *Ibidem*, pp. 349/51.

[36] Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general (*Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 45-52). Decimos que debe tratarse de un "verdadero" estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Video Club Dreams" (JA, 1996, I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad "genuino" se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del artículo 3o. de la Constitución de 1853 que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del artículo 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a nuestra federación (*cfr. Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 102).

[37] Véase también las clasificaciones efectuadas por Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Y entre otros institutos no previstos por la Constitución y por tanto, inconstitucionales, pueden recordarse las interrupciones del orden constitucional por los gobiernos *de facto,* la ley marcial, el Plan Conintes, y los excesos de un poder de policía de emergencia como en el corralito,[38] entre otros, que produjeran las más severas lesiones al Estado de Derecho.

Hace poco me referí a los excesos cometidos por las *intervenciones federales,* que en vez de convertirse en un remedio excepcional para la vigencia de los principios constitucionales y de las soberanías y autonomías provinciales, se transformaron en una herramienta para centralizar el país, pues en 2/3 de los casos fueron dispuestas por solo Decreto del Presidente.[39]

En cuanto al *estado de sitio,* que tiene como efecto la suspensión de las garantías constitucionales, está previsto en el art. 23 de la Ley Suprema para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, con sus dos causales de "conmoción interior" o "ataque exterior", que además deben cumplir con estos dos requisitos: *a)* poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella y *b)* producir la perturbación del orden.

De manera similar a lo acontecido con la intervención federal, en más del 60% de los 53 casos que tuvimos desde 1853, actuó por Decreto el Poder Ejecutivo. Ello significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Presidente, con evidente declinación de las funciones congresionales, a lo que se sumó una notable lesión a los derechos y garantías individuales. Tómese como solo ejemplo el record de extensión del estado de sitio decretado por la Presidente Martínez de Perón con fecha 6 de noviembre de 1974, que duró casi 9 años, pues rigió durante el posterior periodo *de facto* hasta el 28 de octubre de 1983.

Este uso abusivo de tan extraordinaria institución, desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema fijada en el caso "Alem", de 1893, de que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que se declara para preservar y asegurar la Ley Suprema y sus autoridades.[40]

---

[38] Véanse las dos ediciones de mi obra *Las emergencias y el orden constitucional*.

[39] Hernández, Antonio María, "El retorno al peor pasado centralista", *La Nación*, 27 de febrero de 2020, donde consideré un Proyecto de Ley de intervención al Poder Judicial de la Provincia de Jujuy presentado recientemente en el Senado de la Nación. Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestra obra ya citada *Las emergencias y el orden constitucional* y asimismo las siguientes: *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 y *A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

[40] Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestras obras ya citadas *Las emergencias y el orden constitucional* y *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Y lo propio ocurrió posteriormente con las delegaciones legislativas y el dictado de los Decretos de Necesidad y urgencia, que fueron incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, en los Arts. 76 y 99 inc. 3, como institutos de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Al tratarse de los institutos que se están aplicando con motivo del COVID-19, efectuaremos un análisis más detenido.

En cuanto a los *Decretos de Necesidad y Urgencia,* el constituyente otorgó rango constitucional, —con severas limitaciones como veremos—, a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo.

En efecto, además de los Decretos Reglamentarios, Autónomos y Delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, los Presidentes dictaron Decretos de Necesidad y Urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983.[41]

Posteriormente entre este último año y 1989 el Presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del Peso por el Austral, para llegar a la Presidencia de Menen, que se caracterizó por un aumento tan impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de "gobierno por decreto".[42]

En cuanto a la jurisprudencia debe señalarse que en el caso "Peralta", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia, mas allá de las opiniones doctrinarias contrarias que suscitara y que compartimos.[43]

Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fé y Paraná de 1994 se regulase el instituto, en el Art. 99 inc. 3º, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo el dictado de los mismos.

No otra cosa significa que:

---

[41] *Cfr.* Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, *cit.*

[42] *Cfr.* Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, *Gobierno por decreto en Argentina, 1989-1993*, Buenos Aires, El Derecho, pp. 158 y ss., que contabilizaron 308 Decretos en esos 4 primeros años de mandato. Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, Joaquín V. González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés avaló la posibilidad del dictado de estos institutos en el marco del texto constitucional originario de 1853 y 1860. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno señaló la posición contraria. *Cfr.* Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, *cit.*, p. 55, notas 92 y 93. Por mi parte, en mi carácter de Diputado de la Nación presenté el 19 de diciembre de 1991 un Proyecto de Ley que declaraba la nulidad absoluta de los decretos de necesidad y urgencia (véase Trámite Parlamentario 167).

[43] *Cfr.* Midón, Mario, *op. cit.*, pp. 54/57.

a) Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.
b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.
c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.
d) Deben ser decididos en Acuerdo General de Ministros y refrendados por todos ellos, además del jefe de gabinete y el presidente.
e) Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión bicameral permanente por parte del jefe de gabinete de ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario
f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el art. 82, incorporado también por la reforma, estableció: "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta." En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso "Peralta".

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.[44]

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, en todas las Presidencias posteriores, ante la

[44] Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, pp. 59/69; de Ortiz Pellegrini, Miguel y Aguirre, Susana Liliana, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994*, Córdoba, Lerner, 1995 y de Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo algunos casos.

Con respecto al órgano legislativo, debemos señalar además, que incumplió por varios años hasta 2006, el mandato del constituyente de reglamentar la Comisión Bicameral Permanente, de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada. Este incumplimiento, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó gravemente a la falta de completa vigencia de la reforma constitucional de 1994 y por tanto, a nuestra anomia y falta de seguridad jurídica.[45]

En cuanto a la delegación legislativa, este instituto fue incorporado en el artículo 76, en la Disposición Transitoria Octava y en el artículo 100, inc. 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como dice la primera de las normas, solo se admite la delegación "en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

La delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso "Delfino", de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas.

Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano, —que influenciaran nuestro ordenamiento—, se fue imponiendo dicha práctica en base a la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César Enrique Romero.[46]

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de

---

[45] Hemos detallado las más de 25 leyes que el Congreso no ha reglamentado para la completa vigencia de la Reforma de 1994, que por tanto está incumplida y violada. Véase Hernández, Antonio María *A 25 años de la reforma constitucional de 1994-Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

[46] *Cfr.* César Enrique Romero, "El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea", *Revista de Estudios Políticos de Madrid*, España, 1963.

los diferentes Ministerios, etcétera, que afectaron el principio de legalidad de los art. 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

Así llegamos a la Reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

No obstante ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional.[47]

En relación con el artículo 76 sobre delegación legislativa, creemos que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la Presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso "Provincia

[47] En efecto, especialmente a partir de la primera Presidencia de Menem se produjo un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general. Así llegamos a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada, a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la Ley 25.148 de 1999 y las de las Leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002 (*Cfr.* Palacio de Caeiro Silvia B., "Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (artículo 76 de la Constitución Nacional)", La Ley, 2-XI-2001. La autora establece el número de 1900 normas hasta la sanción de la ley 25.414 y por ello, nosotros aumentamos a más de 2000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas se sumaron las correspondientes a la ley 25.561) Este número asombroso de normas, indicó además de una deficiente cultura y seguridad jurídicas, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante. En efecto, las Leyes de emergencia y de reforma del Estado núm. 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la Presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994. Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa Nº 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión y de la 25.453 de Déficit Cero y por último, en el 2002 en la Presidencia de Duhalde, la ley núm. 25.561, que produjo una muy grave y profunda delegación legislativa, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos (Cfr. Colautti Carlos, "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414", La Ley, 2001-D-1272 y Pérez Hualde Alejandro, "El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis", El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, pp. 16/17).

de San Luis" (2003), donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa.[48]

El Congreso no solo omitió sancionar leyes reglamentarias de la Constitución, sino que en algunos lo hizo de manera inconstitucional, además de no controlar adecuadamente al Poder Ejecutivo.

Ejemplos de ello fueron: *a) la sanción de las leyes de emergencia económica* como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018; *b)* la falta de adecuados controles por *el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada* por la Presidencia; *c) la inconstitucional reglamentación efectuada por la Ley 26.122* de los Decretos de Necesidad y Urgencia, *por la Ley 26.080* del Consejo de la Magistratura y *por la Ley 24.588* de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras siga siendo la Capital Federal; *d)* la *concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros,* para la modificación del presupuesto, que lesiona una de las más importantes competencias del Congreso; *e) la práctica institucional de este último órgano,* ya que durante algunos periodos muy extensos, los jefes de gabinetes de ministros no cumplieron con la obligación de hacerse presente una vez por mes alternativamente ante cada una de las Cámaras, sin que hubiese reacción institucional alguna del Congreso.[49]

En cuanto a los *institutos de emergencia no previstos por la Constitución y por tanto inconstitucionales,* que antes mencionamos, causaron gravísimas violaciones

[48] Al comentar dicho fallo, destacamos que la Corte Suprema de Justicia estableció límites a la utilización de los Decretos de Necesidad y Urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa. Véase Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 147. Y en igual sentido, véanse los artículos de Néstor Pedro Sagüés, "Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa", *Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 23 de abril de 2003, pp. 58/62 y Gelli, María Angélica, "El caso Provincia de San Luis v. Estado Nacional": entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad", Suplemento citado, pp. 41/45. Y más recientemente, en los casos "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo", sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la Anses y la Afip, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015.

[49] Véanse Hernández, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 y "A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994", obras citadas. En cambio, esa obligación constitucional de asistencia del Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso si fue cumplida durante el periodo anterior 2015-2019.

a los derechos humanos y afectaron profundamente el orden constitucional republicano y federal.[50]

Solo nos detendremos por razones de brevedad, en las consecuencias de la última emergencia económica del 2001, que derivó en el llamado "corralito", consecuencia del denominado "poder de policía de emergencia"[51] y luego en la sanción de la Ley de Emergencia núm. 25.561.[52]

El "corralito", que consistió en el apoderamiento de los depósitos bancarios de millones de argentinos, fue dispuesto por Decretos de Necesidad y Urgencia en sus dos versiones, la primera mediante el núm. 1570 de 1 de diciembre de 2001, bajo la Presidencia de De la Rúa y la segunda, mediante el núm. 214 de 2002 durante la Presidencia de Duhalde.

Hubo una extraordinaria reacción popular contra estas medidas, que implicó la caída del Presidente De la Rúa y una fuerte crisis política, además de la presentación de más de 400.000 acciones de amparo ante el Poder Judicial Federal.

---

[50] Véase Antonio María Hernández, obras citadas, donde referimos la gran cantidad y variedad de emergencias que hemos padecido, comenzando por las interrupciones del orden constitucional, por lo que hemos sostenido que vivimos de emergencia en emergencia, y con los desbordes institucionales señalados. Véase, asimismo, Riberi, Pablo, "Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?", *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 23/9/2005.

[51] Véase nuestra obra "Las emergencias y el orden constitucional", antes citada, donde efectuamos un desarrollo histórico de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del ejercicio de poder de policía en las sucesivas emergencias económicas, desde "Ercolano" en 1922 hasta el caso "Peralta" en 1990, donde cada vez se profundizaba en mayor medida la violación de los derechos. Por eso tanto se destacaron por su actitud contraria el fallo en "Mango c. Traba" de 1925, donde la Corte dejó sin efecto la emergencia antes declarada y el dictamen del Procurador General de la Corte Dr. Sebastián Soler en el caso "Cine Callao", en 1960, donde señalaba que con estas medidas de emergencia nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de Derecho estricto no era compatible con el progreso.(CSJN, Fallos, 247:121). Para un análisis de los fallos de la Corte en esta materia, véanse además a José Luis Lazzarini, "La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, pp. 1467 y ss.; Carlos Colautti, "Los derechos patrimoniales durante la emergencia", La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, págs. 1359 y sgts.; Daniel Edgardo Maljar, "Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite", El Derecho, Constitucional, 8 de mayo de 2002; Mario Midón, *op. cit.*; Alejandro Pérez Hualde; obras citadas; y Alberto Dalla Via, "El constitucionalismo y las emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur", en el libro "Constitucionalismo en tiempos de emergencia", *op. cit.*, pp. 297 y ss.), entre otros.

[52] Ello, porque aquella emergencia terminó recién en 2018, pero ya nuevamente desde fines de 2019, estamos con 9 clases de emergencias declaradas por la Ley núm. 27.541, entre las que se incluyó la económica y la sanitaria, con enormes delegaciones al Poder Ejecutivo.

A diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, la misión del Poder Judicial —consistente esencialmente en ejercer el control de constitucionalidad—, fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Smith", fallado el 1o. de febrero de 2002, que declaró la inconstitucionalidad de la primera versión del "corralito" y por los Señores Jueces y Camaristas Federales que concedieron medidas cautelares a favor de los ahorristas, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos.[53] Posteriormente la Corte Suprema de Justicia falló declarando la inconstitucionalidad del corralito en su segunda versión, establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 214, en el caso "Provincia de San Luis", de fecha 5 de marzo de 2003.[54]

---

[53] Obsérvense los claros fundamentos de la Corte en este caso "Smith", obrantes en los Considerandos 9 y 10 del fallo. Allí aparece con nitidez la idea del control de constitucionalidad sobre la emergencia, en base al límite de la razonabilidad del artículo 28, para impedir la lesión de los derechos individuales. En este sentido, no puede obviarse que la Corte modificó con este fallo aquella jurisprudencia convalidatoria de cualquier medida de emergencia dictada por el poder de político de turno, como se observó a lo largo de tantas décadas. En relación a esto, nos resulta valiosa la comparación que efectúa Gabriel Negretto entre el criterio permisivo y convalidatorio que sostuvo nuestra Corte Suprema en el caso "Peralta", donde llegó a reconocer que la división de poderes era una categoría histórica y que el Poder Ejecutivo era el único que podía con eficacia enfrentar la emergencia, con el opuesto que suscribió la Corte Suprema norteamericana en el caso "Youngstown", más restrictivo y respetuoso del sistema republicano, donde realizó distinciones entre los posibles niveles de acción que puede adoptar el Ejecutivo cuando actúa en materias que no les son propias. Dice el autor que "El criterio más notable de la decisión fueron las bien conocidas categorías de acción presidencial que delineó el Juez Jackson. De acuerdo a su doctrina, existe un primer nivel de acción en que el Presidente goza de un máximo poder (constitucionalmente hablando) y es cuando actúa en colaboración con el Congreso bajo una autorización expresa o implícita, pues en este caso posee sus propios poderes más los que el Congreso pueda en su oportunidad haberle delegado. En un segundo nivel de acción, el Presidente podría actuar en ausencia tanto de rechazo como de autorización legislativa. En este caso, el Presidente "solo puede valerse de sus propios poderes independientes, si bien existe una zona crepuscular en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en los cuales su distribución es incierta". Finalmente, argumentaba Jackson, resta un tercer y último nivel de acción en que el Presidente toma medidas en violación de la voluntad expresa o implìcita del Congreso. Aquí "su poder se halla en la mínima expresión, pues entonces solo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia". Véase 343 U.S. 579 (1952) 637" (*Cfr.* Gabriel L. Negretto, "Emergencia y crisis constitucional en Argentina", "Emergencia y crisis constitucional en la Argentina", *El Derecho*, 1989, t. 154, p. 903 y nota 80).

[54] Véase Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, *cit.*, pp. 119 y ss., donde desarrollamos "El fallo de la Corte Suprema en el caso "San Luis" y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica". Para nosotros este fallo fue paradigmático en cuanto al control de constitucionalidad de las emergencias, de la misma manera que lo había sido "Mango c. Traba", en 1925.

Ese accionar independiente del Poder Judicial Federal que estableció límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes del amparo consagrado en el art. 43 de la Ley Suprema, constituyeron —según nuestra perspectiva— el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de Derecho en la realidad angustiante de nuestro país en aquellos años.

Sin embargo, la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia, luego de las designaciones del Presidente Néstor Kirchner, a partir de los casos "Bustos" y "Cabrera" de 2004 y "Massa" de 2006, retornó a la anterior jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica.[55]

Reitero además, que lamentablemente el Congreso de la Nación cada año a partir del 2003 y hasta el 2018, prorrogó la Ley 25.561 de emergencia económica, donde se produjo la más grave delegación legislativa que hemos soportado. Ahora estamos de nuevo con una enorme delegación, con la ley vigente núm. 27.541 del nuevo Gobierno Federal, que comprende la emergencia en 9 aspectos, incluido el sanitario, a partir de fines de 2019.

Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina, surge de manera conclusiva que:

a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.
b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.
c) En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.
d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquel y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.
e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad.

[55] Véase Hernández, Antonio María, "El caso "Massa" y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", *Suplemento Especial de La Ley sobre "La emergencia y el caso Massa"*, Buenos Aires, febrero de 2007, pp. 70-80.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro orden jurídico, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia y sus institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado Constitucional y Democrático de Derecho y según las propuestas que más adelante efectuaremos.

III. La emergencia del COVID-19 en Argentina[56]

Ante la pandemia del coronavirus que afecta al país, *el Presidente de la República, con el apoyo de autoridades legislativas y de Gobernadores de distinto signo político,* anunció el 19 de marzo el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia nº 297/2020, que implantó el *aislamiento social preventivo y obligatorio,* entre otras medidas.[57] Posteriormente explicó que *no era necesaria la declaración del estado de sitio,* pues con la aplicación del Decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

He destacado esta *"actitud de unión nacional y de prudente, adecuada y estricta aplicación de la Constitución Nacional en una cuestión tan decisiva y extraordinaria como la de esta emergencia,* que exhibió marcadas diferencias con lo acontecido a lo largo de nuestra historia".[58]

Y agregué:

---

[56] En Argentina al 20 de julio de 2020 hay oficialmente 126.755 afectados y 2.260 muertos, la mayoría en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[57] Antes había dictado el DNU núm. 260/2020, con fecha 12 de marzo que había extendido por un año la emergencia sanitaria declarada por la Ley núm. 27.541, a la que antes nos referimos. Dicho DNU ha sido inconstitucional por las razones expuestas en la Nota 46, puesto que ya estaba declarada por Ley la emergencia. Asimismo no dejó de ser sorprendente el largo tiempo de extensión fijado para la emergencia, que incluso fue prorrogado aunque solo el Congreso debía prorrogar la misma. Por otra parte, ya el Senado en la Sesión del 13 de mayo aprobó dicho DNU, que ahora debe ser tratado en la Cámara de Diputados. Para un breve análisis de las distintas más de 70 normas dictadas para enfrentar al COVID-19, a partir del 6 de marzo de 2020 y en las 3 semanas siguientes, véase José Ortega y Santiago Espósito, "Coronavirus COVID-19: 3 semanas", La Ley, on line, AR/DOC/980/2020. Dichas normas fueron DNU y Decretos Presidenciales, además de Resoluciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de algunos Ministerios. Los 20 primeros DNU ya fueron aprobados por el Senado de la Nación, en la Sesión referida.

[58] Véase el artículo que publicamos en Clarín on line, con fecha 23 de marzo de 2020. La medida del aislamiento obligatorio ha sido comprendida también por la sociedad, pues ha resultado el medio más eficiente para combatir el COVID-19, según lo indicado por la experiencia mundial y por las cifras que se observan en el país. Pero ese criterio inicial se está manteniendo ya por demasiado tiempo, hasta el 7 de junio, lo que convertiría a nuestra cuarentena en la más extensa a nivel mundial, lo que está mostrando graves problemas no solo

> En este contexto, esta es una oportunidad para producir un cambio institucional que imperiosamente requiere el país. Las medidas frente a esta pandemia fueron dictadas con respeto de la Ley Suprema, y ahora se trata de hacer cumplir las normas, lo que obliga al mejor funcionamiento posible de los 4 órdenes de gobierno: Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. No se olvide que todos tienen competencias en materia de salud. Y que el poder de policía respectivo fue reconocido por la Corte Suprema en el célebre caso "Saladeristas de Barracas", de 1887. Y en este sentido, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática, el orden constitucional y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado.[59]

Luego sostuve:

> Reiteramos que aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que tenga mayores competencias para afrontar esta situación excepcional, ello no significa que el Congreso deje de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Por eso resulta por lo menos sorprendente la Resolución 4/20 de la Presidencia del Senado que dispuso la interrupción de los plazos parlamentarios, lo que significaba que no funcionaba el Senado. Y aunque se advierte alguna actividad virtual en la Cámara de Diputados, se descartó por el momento la realización de Sesión alguna. En la emergencia es fundamental el funcionamiento de los órganos legislativos, para la aprobación de medidas y para el control de los decretos del Poder Ejecutivo dictados por la delegación legislativa en razón de la emergencia sanitaria y los de necesidad y urgencia. Nos preguntábamos si no podían funcionar las Comisiones y reunirse las Cámaras, tomando los cuidados recomendados; o si no se podían aplicar las tecnologías a distancia para el cumplimiento de las funciones legislativas.

económico sino psicosociales en la población. Por lo que aumentan los reclamos por el regreso de actividades, ya que en la gran mayoría de las Provincias no se producen ya contagios.

[59] *Cfr.* Hernández, Antonio María, *op. cit.*; *Clarín on line*, 23 de marzo. Y con fecha 27 de marzo reiteré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (También en *Clarín on line* del 27 de marzo de 2020, como se detalla en la nota siguiente).

> Para enfrentar la emergencia el Estado debe responder en su integridad con el pleno funcionamiento de sus poderes, donde el Legislativo y el Judicial, tienen también obligaciones trascedentes a cumplir. *Insistimos en que la emergencia no está por encima de la Constitución ni la suspende.* Esto es lo que diferencia a las democracias de las autocracias. Tampoco puede creerse que esta emergencia *nos convierta en un estado unitario,* donde cesen las autonomías de las Provincias, La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Es que más allá del cumplimiento del DNU dictado recientemente, tienen competencias en materia de salud y deben ejercitarse adecuadas relaciones interjurisdiccionales entre los diversos Gobiernos, que integran el Estado Federal.[60]

A casi cincuenta días de aquellas primeras medidas que mostraron una actitud plausible, con una adecuada comunicación del Presidente y acuerdo de la oposición, y que abonaban la posibilidad de cambios que nos evitasen volver a las prácticas del pasado, *debemos ahora expresar que la realidad institucional indica lo contrario.*[61]

1. *El retorno a las prácticas del pasado*

Se *gobierna por Decretos y Resoluciones y por muy pocas personas,* como ocurriera en el pasado. Hasta el 11 de mayo de 2020 se han dictado por el actual presidente 38 DNU y 12 Decretos Delegados.[62]

No sesionó el Congreso y ahora lo hace de manera limitada y discontinuada y lo propio hace el Poder Judicial, porque se ha declarado una Feria Judicial Extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias.

En consecuencia, no hay adecuados controles sobre las diversas medidas de emergencia, que ya están afectando los derechos individuales.[63]

---

[60] Véase la nota "El Rol del Congreso en la crisis. Reclaman a Cristina Kirchner que el Senado controle y ayude al Gobierno y no se paralice", *Clarín on line*, 27 de marzo de 2020, Buenos Aires.

[61] Véase Hernández, Antonio María, "Federalismo y COVID-19", *Clarín on line*, 24 de abril de 2020, donde analizamos las lesiones a las autonomías provinciales, de la CABA y de los Municipios, por el manejo centralista del Gobierno Federal.

[62] Según lo analizan Delfina Cavallini Viale y Leandro Ferreyra, en el artículo "Cincuenta Decretos de Fernández", *Palabras del Derecho*, 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires. Véanse además, Alfonso, Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", La Ley, Buenos Aires, 2019 y Alfonso Santiago, "Las tres generaciones de DNU (1983-2018)", *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, vol. 20, núm. 2, diciembre de 2019, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.

[63] Véanse Roberto Gargarella, "Frente al coronavirus: es necesario restringir las liberta-

Hemos regresado al hiperpresidencialismo[64] que padecimos, como expresión de una débil cultura de la legalidad y de una baja calidad institucional, caracterizada por los rasgos delegativos, corporativos y centralistas de nuestra democracia.[65]

Debo considerar el tema del *Congreso,* por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento inicial durante casi 60 días, afectó hondamente nuestra democracia republicana y federal.[66]

El Congreso no cumplió en su momento con sus obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizan-

---

des compulsivamente?", *Clarín on line*, 24 de marzo de 2020, Buenos Aires; Ezequiel Spector, "Autoritarismo y discriminación en tiempos de coronavirus", *Clarín on line*, 16 de abril de 2020; Antonio María Hernández, Clarin on line, 23 de marzo de 2020, ya citado y Vicente Palermo, "Coronavirus. Aldous Huxley y las respuestas a la pandemia", *La Nación on line*, 22 de abril de 2020.

[64] Este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: "Esta somera revisión de las facultades que los Presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aún en periodos de jure" (*Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 529). Véase también Hernández, Antonio María, Cap. XVII, "El Poder Ejecutivo", en Hernández, Antonio María (dir.) y Chiacchiera Castro, Paulina (coord.), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 2 ts.

[65] Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en "Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia", señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado (*op. cit.*, p. 562/6). Por eso sostuvo que nuestra democracia era "corporativa" y alejada del modelo correcto que defendía de democracia "deliberativa" (*op. cit.*, p. 605).

[66] Véase Daniel Sabsay, "El Poder Legislativo debe seguir funcionando", La Nación, on line, 9 de abril de 2020, Buenos Aires, y nuestro artículo en Clarín antes citado. Asimismo lo solicitaron ante diversos medios periodísticos nacionales los Senadores Juan Carlos Romero, Luis Naidenoff y Humberto Schiavone, entre otros y los Diputados Negri, Cornejo, Ritondo, Enríquez, Iglesias y Ferraro.

do, especialmente de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de los Decretos Delegados,[67] correspondientes a la emergencia sanitaria.

No se reunió la Comisión Bicameral Permanente prevista por el artículo 99, inciso 3, para recibir dentro de los 10 días del dictado de cada uno de ellos al Jefe de Gabinete de Ministros hasta el 28 de abril.

Tampoco se cumplió con la otra obligación posterior del tratamiento dentro de los 10 días por las respectivas Cámaras del Congreso.

Solo hubo un tratamiento rápido de 20 DNU que fueron aprobados en la Sesión del Senado de fecha 13 de mayo, cuando muchos de ellos merecían objeciones. Empezando por el 260/2020 que prorrogó por 6 meses la emergencia sanitaria, cuando se trata incuestionablemente de una facultad legislativa del Congreso y cuando además, no podía dictarse DNU alguno porque ya estaba declarada la emergencia por Ley.[68]

Existen ya decenas de Decretos dictados como hemos mencionado, a los que se suman ya Decisiones Administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministeriales, en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descripto anteriormente.[69]

Dichas Decisiones Administrativas fueron resultado de una delegación efectuada por DNU del Presidente al Jefe de Gabinete de Ministros, cuya constitucionalidad resulta cuestionable, así como la posibilidad de legislar por parte de este último funcionario. Recuérdese además lo expuesto en esta obra sobre este instituto de emergencia, luego de la incorporación del artículo 76 y además, los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación especialmente en los casos "Camaronera Patagónica" de 2014 y "Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional" de 2015.[70]

---

[67] Aunque en los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los incisos 1 y 3 del artículo 99, correspondiente a Decretos reglamentarios y de Necesidad y Urgencia.

[68] Como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso "Provincia de San Luis c. Estado Nacional" de 2003, analizado en esta obra en el Anexo.

[69] Véase Delfina Cavallini Viale y Leandro Ferreyra, en el artículo "Cincuenta Decretos de Fernández", *Palabras del Derecho,* 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires.

[70] Idem. Y véase además Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, *op. cit.*, La Ley, Buenos Aires, 2019. Téngase presente que de acuerdo al artículo 76 la delegación —y por cierto la subdelegación— deben surgir claramente de la Ley del Congreso, como también lo expresa la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como antes analizamos. Véase asimismo Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, *La delegación legislativa y el estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Abaco, Buenos Aires, 2018, donde se analiza la falta de control de las subdelegaciones.

Pero además de ello, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no solo sanitarios, sino políticos, económicos, sociales, institucionales éticos e internacionales, cómo podemos prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión?

La unión nacional que necesitamos frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la sociedad abierta, para alcanzar el mayor consenso democrático posible en la emergencia.[71]

Resultaba inconcebible que no sesionara el Congreso, que con sus dos Cámaras, representa al pueblo de la Nación y de las Provincias.

Si no lo hizo con la presencia física de los Legisladores, como otros Congresos y Parlamentos,[72] pudo hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países.[73]

---

[71] Son demasiados los problemas que enfrenta Argentina en todos los aspectos de la vida nacional, a los que se suman ahora los de la pandemia y los posteriores que vendrán como su consecuencia. Pero incluso en los aspectos de esta emergencia, no merecen debate el costo producido por los insumos traídos desde China? O las contrataciones que se realizan, algunas de las cuales ya requieren investigación penal, como en el caso de la compra de alimentos por el Ministerio de Desarrollo Social, por la que renunciaron 15 funcionarios?. O el plan para una salida ordenada de la cuarentena?. O los controles del humor social por ciberpatrullaje que anunció la Ministra de Seguridad?, O el destino de los subsidios al transporte que mayoritariamente son destinados al área metropolitana?. Véase además José Nun, "El coronavirus y la transición a la democracia" y "Coronavirus: cómo decidir en tiempos de incertidumbre", *La Nación on line*, del 6 y 19 de abril de 2020, respectivamente. También véase Andrés Oppenheimer, "El disparatado plan argentino de traer médicos cubanos", *El nuevo Herald, on line*, 22 de abril de 2020, disponible en: *www.elnuevoherald.com.*

[72] Como los de Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, España, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Suecia, Noruega, Suiza, Holanda, Colombia, Perú, Chile, Uruguay, entre otros. Recién el 20 de abril sesionó presencialmente el Senado en México luego de reclamos como los ocurridos en Argentina. Véase la nota periodística en *El Universal*, de dicho día, titulada "Democracia en vilo –y la Constitución también", de Juan Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Plá, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte, donde sostuvieron: "Desde hace semanas los Diputados y Senadores han declinado cumplir el encargo que les dieron millones de mexicanos. Hoy los legisladores federales no sesionan, no debaten, no deciden, no aportan de su parte para hacer frente a la pandemia". En el artículo se expresa asimismo: "Como ha dicho la Presidenta del Congreso norteamericano en funciones durante la pandemia: los capitanes del barco salen al último". Aunque debemos aclarar que la Sesión fue para el tratamiento de un proyecto de amnistía que había presentado antes el Presidente López Obrador y que benefició a 5000 presos de la Justicia Federal y a 100.000 de las Justicias Estaduales. En la Sesión, los bloques opositores plantearon el tratamiento de otras cuestiones vinculadas a la lucha contra la pandemia. También ha sesionado presencialmente el Parlamento Europeo en estos días.

[73] Para un análisis del funcionamiento a distancia de Poderes Legislativos nacionales, véase el Proyecto de Modificación del Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, presentado el 22 de abril de 2020 por el Diputado Jorge Enriquez, en cuyos Fundamentos

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso,[74] la Presidenta del Senado presentó una *Accion Declarativa de Certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación* donde se pregunta "Es constitucionalmente posible que tal como lo dispone el Art. 30 del Reglamento del Senado sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?".

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los propios Legisladores[75] como por Profesores de Derecho.[76]

Por razones de extensión de este trabajo, enuncio sintéticamente los argumentos por los que sostengo la inconstitucionalidad e improcedencia de la acción presentada: *a)* no hay caso o cuestión federal, porque se trata de una consulta y la Corte históricamente no se ha expedido al respecto; *b)* tampoco corresponde la acción declarativa de certeza, ya que aquí no hay incertidumbre, puesto que la respuesta es evidentemente afirmativa; *c)* la Corte es incompetente ya que no es una causa de competencia origina-

menciona los casos del Senado de Brasil, las Asambleas Nacionales de Perú y Ecuador, el Poder Legislativo de Colombia y del Paraguay, entre otros ejemplos. Y en relación a la modificación del Reglamento del Senado para incorporar sesiones virtuales, véase el artículo de Juan Tunessi, actual Prosecretario Legislativo de dicho cuerpo, "El funcionamiento del Congreso: primer paso para un acuerdo general", *Clarín on line*, del 19 de abril de 2020.

[74] Que además de los antes mencionados efectuados por Legisladores, periodistas y abogados y Profesores de Derecho, ha incluido un Amparo presentado por la Fundación Apolo Bases para el Cambio ante la omisión constitucional producida por la falta de funcionamiento del Congreso que violenta la Constitución al no controlar los Decretos de Necesidad y Urgencia. Allí se planteó además la inconstitucionalidad de los Decretos 4/20 y 5/20 de la Presidencia del Senado de fechas 25 de marzo y 31 de marzo del 2020, que dispusieron la interrupción de los plazos parlamentarios, por violar los plazos del artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y los de la Ley Reglamentaria núm. 26.122.

[75] Por los Legisladores de ambas Cámaras mencionados en la nota anterior 56, a los que se suma la opinión de Eduardo Menem, ex presidente de la Convención Nacional Constituyente de 1994 y Provisorio del Senado de la Nación, en *Clarín on line* del 15 de abril de 2020, quien sostuvo que atenta contra la división de poderes y es "Como si la Corte le pidiera al Congreso que opine si una sentencia debe ser en tal o cual sentido".(Nota titulada "Coronavirus en Argentina: Juristas ponen en duda que la Corte pueda habilitar las sesiones virtuales en el Congreso", de Marcelo Helfgot).

[76] En cuanto a los Profesores de Derecho, casi en su totalidad, se opusieron al planteo. Véase en la nota de Clarín recién citada, las opiniones de Jorge Gentile y de Ricardo Gil Lavedra, que calificaron de improcedente y dilatoria la presentación. Lo propio sostuvieron por diversas razones constitucionales los Profesores Zaffaroni, Lon, Sabsay, Badeni, Lonigro, Armesto, Diegues y Onaindia, con la opinión contraria de Rondina y con dudas de Gil Domínguez, en la nota titulada "La inmensa mayoría de los juristas considera improcedente el pedido de Cristina Kirchner a la Corte sobre la validez de las sesiones virtuales del Congreso", de Patricia Blanco, en *Infobae, on line*, del 19 de abril de 2020.

ria, conforme al artículo 117 de la Constitución Nacional, que solo admite las mismas cuando se trata de "asuntos concernientes a Embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una Provincia fuese parte"; *d)* Porque la sanción e interpretación de un Reglamento es competencia exclusiva y excluyente de cada de las Cámaras del Congreso, según lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Suprema; *e)* Porque uno de los principios del control de constitucionalidad es que cada Poder interpreta y aplica por sí mismo la Constitución; *f)* Porque importa desconocer la división y equilibrio de poderes, afectando a nuestro sistema republicano y federal.[77]

En relación a este tema, con fecha 21 de abril se expidió el *Procurador General de la Nación,* doctor Eduardo Casal, en la Vista que le fuera corrida, expresando que conforme al criterio fijado en el precedente "Sojo", entre muchos otros, *"opino que la cuestión planteada, aún en el marco de un proceso judicial, resultaría contraria a la competencia originaria de la Corte".*[78]

Finalmente la *Corte Suprema de Justicia de la Nación falló al respecto el día 24 de abril, rechazando por unanimidad el planteo formulado,* en una extensa sentencia con 3 votos de mayoría de los Ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti, 1 voto concurrente del Ministro Rosatti y un Voto en disidencia parcial del ministro presidente Rosenkrantz.[79]

En definitiva, y como consecuencia de las diversas opiniones críticas expresadas desde la prensa, la doctrina y algunos sectores de la oposición por la falta de funcionamiento, el *oficialismo se ha visto obligado a convocar a sesiones en ambas Cámaras.*

Con fecha 13 de mayo de 2020 se produjo la *primera Sesión tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados,* con la presencia de las respecti-

---

[77] Nunca había ocurrido una situación como esta en la historia argentina y creemos que es muy difícil encontrar alguna similar en el derecho comparado. Es además, un notable ejemplo de "judicialización" de la política.

[78] Véase CSJ 353/2020/CS1, Ministerio Publico-Procuración General de la Nación, 21 de abril de 2020. Se trata de un Dictamen fundado en la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia desde el siglo XIX, como adelantaba la opinión casi unánime de las opiniones consignadas anteriormente.

[79] Véase CSJ 353/2020/CS1, Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza. El Alto Tribunal abundó en consideraciones para rechazar la acción presentada, tal como las que hemos expresado anteriormente, aunque por razones de extensión de este trabajo y del fallo de 74 páginas, no nos detendremos en su análisis. Véanse al respecto los comentarios de Gustavo Menna, "Un fallo que juega al empate e interfiere en el debate político del Congreso", La Nación, Opinión, 26 de abril de 2020 y de Roberto Antonio Punte, "Los congresos y parlamentos en tiempo de pandemia. Lo que resolvió la Corte el 24 de abril. Lo que la Corte no dispuso. Lo imprescindible y lo que resulta aconsejable hacer", (Revista Digital de la AADC, núm. SE 3, 27 de mayo de 2020).

vas autoridades de las Cámaras como también de parte de los distintos Bloques, mientras que el resto de los Senadores y Diputados estuvieron comunicados a distancia. Y en relación a los temas tratados, se ha destacado en el Senado la consideración de 20 Decretos de Necesidad y Urgencia.[80]

Ha sido un avance que después de 60 días haya comenzado a funcionar el Congreso, aunque sea de manera mixta con la presencia de sus respectivas autoridades y de pocos Legisladores en el recinto y el resto conectado tecnológicamente a distancia. Y aunque estas primeras experiencias fueron positivas, resulta evidente que el sistema es precario y no puede compararse con el debate presencial, al cual hay que regresar lo antes posible.

Lo exigen las circunstancias por la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no solo sanitarios, sino institucionales, políticos, económicos, sociales e internacionales, que requieren el más profundo debate y deliberación de la máxima y más completa representación del pueblo.

Mientras tanto, debe asegurarse el funcionamiento presencial de las Comisiones de Labor Parlamentaria y de las Comisiones Bicamerales de Control y en especial de la Permanente destinada al análisis de los DNU que faltan, además de los Decretos Delegados, que implican la presencia del Jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario además debe efectuar su informe mensual ante cada una de las Cámaras. Y sería conveniente la presencia de un número cada vez mayor de Legisladores en los recintos respectivos para el ejercicio de sus funciones.

En estas circunstancias, no puede dejar de señalarse la *extraordinaria gravedad del DNU Nº 457* dictado por el Presidente en acuerdo de Ministros, con fecha 10 de mayo de 2020, que en su artículo 4o. autoriza al jefe de gabinete de ministros a disponer la modificación del 100 % de las partidas presupuestarias. Recuérdese que estos poderes del funcionario habían sido limitados anteriormente al 5 % de las partidas, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera. En consecuencia, r*esulta evidente que*

[80] Que fueron todos aprobados, cuando resulta evidente que requerían de un análisis detenido y particularizado, porque se trata del ejercicio de actividad legislativa. Algunos de ellos han merecido cuestionamientos por su constitucionalidad, comenzando por el 260/2020, como lo vimos anteriormente. Véase Alfonso Buteler, "La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria", La Ley, Buenos Aires, 2020 y además, Néstor P. Sagüés, "Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa", en el Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina, 23 de abril de 2003, Buenos Aires, pp. 58/62. .

se ha adoptado una decisión groseramente inconstitucional, que avanza sobre una de las competencias más importantes del Congreso, que es la presupuestaria.[81]

Y esto consolida categóricamente el *hiperpresidencialismo y gobierno por decreto que hemos vuelto a padecer,* en retorno a la triste historia de las emergencias soportadas.[82]

Por el contrario, la cuestión consiste en transitar desde esta democracia delegativa y corporativa de baja calidad institucional profundizada por la emergencia hacia una democracia deliberativa y participativa, donde las grandes decisiones políticas se adoptan mediante la sanción de Leyes.[83]

Necesitamos pensar la Argentina con proyección de futuro hacia una democracia republicana federal, con ejercicio de una política arquitectónica para cumplir con nuestro proyecto político por antonomasia que es la Constitución Nacional.

2. *Federalismo y rol de los gobiernos subnacionales*

Considero seguidamente las cuestiones vinculadas al *federalismo.* En los artículos periodísticos de nuestra autoría citados inicialmente, señalamos que a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el Presidente hubiera anunciado el Decreto de la cuarentena con el apoyo de los Gobernadores. Pero también advertíamos que no debíamos volver a las prácticas pasadas, en que *las emergencias sirvieron para la centralización del país.*

---

[81] Véase el artículo de Laura Serra, "Coronavirus en la Argentina. La oposición denuncia que los "superpoderes" otorgados a Santiago Cafiero violan la Constitución", La Nación, on line, 11 de mayo de 2020. En dicho Decreto se aumentó además el gasto público en 498.000 millones de pesos. Téngase en cuenta además que el Poder Ejecutivo todavía no remitió su proyecto de presupuesto al Congreso, por lo que se ha reconducido el del año 2019. Adviértase en consecuencia, la baja calidad institucional que padecemos. Véase además, Antonio María Hernández, "Hiperpresidencialismo y Presupuesto", *La Ley*, Suplemento, noviembre de 2015, núm. 07, Buenos Aires, pp. 25 y ss..

[82] Adviértase que no obstante que el Congreso volvió a funcionar desde el 13 de mayo pasado, ha continuado el dictado de DNU, como por ejemplo el Nº 493/2020 de 24 de mayo de 2020, que ha prorrogado la cuarentena hasta el 7 de junio, cuando resulta evidente que debiera ser el órgano legislativo quien adopte dicha medida.

[83] Véase Gargarella, Roberto, "Democracia y emergencia en América Latina", donde pone de relieve el valor de la deliberación democrática en esta instancia, en lugar del gobierno de unos pocos, entre otros aspectos. (Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", núm. SE 3, 27 de mayo de 2020).

Aunque se realizaron consultas a los Gobernadores y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos Intendentes, *no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales.*

En primer lugar, porque la *falta de funcionamiento del Congreso* durante esta emergencia por casi sesenta días, afectó directamente a nuestra Federación. No se escucharon las voces, las ideas, las propuestas de los Diputados del Pueblo de la Nación, ni la de los Senadores de nuestras Provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que en esta emergencia sanitaria, las *competencias corresponden de manera concurrente* a los 4 órdenes gubernamentales: Gobierno Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios.[84]

Y además, que los servicios públicos en esta materia, están a cargo principalmente de Provincias, la CABA y los Municipios.

En consecuencia, debió haberse adoptado una *participación conjunta y coordinada* de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas solo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos.

Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las *relaciones interjurisdiccionales*[85] *y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales.*

---

[84] Véanse Antonio María Hernández, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 y "Derecho Municipal", UNAM, México, 2003. Con respecto a las competencias concurrentes municipales, véase Enrique Marchiaro, "Cierres municipales y pandemia", DPI, Diario Administrativo 273, 7 de abril de 2020, donde se destaca el importante rol de los gobiernos locales. Asimismo véanse Carla Huerta Ochoa, "Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano" y José María Serna de la Garza, "Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19" en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

[85] Aunque debe destacarse el funcionamiento del Consejo Federal de Salud. En nuestra 20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino planteamos la necesidad de constituir una Asociación Nacional o Conferencia de Gobernadores, como en Estados Unidos y México. Véase Hernández, Antonio María, *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Iusbaires, 2017.

Afirmo, no obstante, que la decisión principal que fue la de disponer la cuarentena, *fue acertada y ha logrado tener éxito,*[86] *por contar con el apoyo de los Gobiernos Provinciales, de la CABA y Municipales.*[87]

Estimo que la Federación como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado muy importante en esta oportunidad, como lo indican además otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania.[88]

Deteniéndome en la importancia de un *federalismo de coordinación,* indicamos que en algunos Decretos de Necesidad y Urgencia como el Nº 355/2020, en el Art. 3º se hace adecuada referencia a la coordinación con los diversos órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas.[89]

---

[86] Aunque debemos manifestar nuestra preocupación por la extensión de la misma, con los graves problemas que ello está produciendo en la economía y en otros aspectos de la salud psico-social de las personas. Téngase presente que se han destacado modelos como el sueco y el uruguayo, que si bien aconsejaron el distanciamiento social y otras medidas, no establecieron una cuarentena obligatoria, mostrando máximo respeto por las libertades personales. Véase además Sybil Rhodes, "Libertad de movimiento después de COVID-19", CADAL, on line, 19 de mayo de 2020.

[87] Véanse Alberto Porto y Luciando di Gresia, "El rol de los gobiernos subnacionales (provinciales y municipales) en la pandemia COVID-19", Universidad Nacional de La Plata, 13 de abril de 2020 y Francisco Tortolero Cervantes, "La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas", en la publicación on line "Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo", op. cit..

[88] Véase el artículo de Ana Carbajosa y Marc Bassets, "La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés", El País on line, 17 de abril de 2020, donde se destaca la eficiencia del sistema descentralizado alemán, basado en los acuerdos de Merkel con los Jefes de Gobierno de los Lander para las grandes decisiones, mientras que la ejecución de las mismas corresponde a los Lander. Y donde la cercanía de estos con los ciudadanos y las distintas realidades, posibilitó el éxito alcanzado. Y el contraste fue con el sistema francés, asentado en el centralismo del poder del Presidente y su élite tecnocrática. Asimismo, en un artículo publicado por Philip Oltermann en The Guardian, de 5 de abril de 2020, titulado "Germany ·s devolved logic is helping it win the coronavirus race", se pone de relieve que mediante 400 oficinas de salud pública, mayoritariamente a cargo de autoridades municipales y de los Lander alemanes, se ha avanzado con las pruebas requeridas por la Organización Mundial de la Salud para la detección del virus. Y que aquí se demuestra la lentitud de la tortuga centralista contra la velocidad de la liebre que es el federalismo, ya que no deben esperarse las decisiones del Gobierno central. *(www.theguardian.com/world/2020/apr/05/)*. Véase también Detlef Nolte, "Respuestas a la pandemia: la experiencia de Alemania", *Clarín, on line*, 5 de mayo de 2020. Para un análisis de derecho federal comparado, véase Hernández, Antonio María, *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018.

[89] El artículo 3o. expresa con adecuada técnica federal, que las autoridades federales "...en coordinación de sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las autoridades municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán las medidas...".

Pero en ese mismo Decreto en el artículo 2o. se dispone prácticamente una *subordinación* de los gobiernos subnacionales, ya que solo *la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada* de la cuarentena, a pedido de aquellos Gobiernos.[90]

Y lo propio ocurrió con el *Certificado Unico Habilitante para Circulación* en todo el país, correspondiente solo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización.[91]

Pienso que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas, *debiera corresponder a los gobiernos provinciales y municipales,* sobre todo en esta etapa en que se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo y junio.[92]

Es que la *diferente realidad que presenta la pandemia en las Provincias y en los Municipios* así lo amerita.

En las Provincias de Catamarca y Formosa no hubo ningún contagio y en las de Jujuy, Salta, Corrientes, Chubut, Mendoza, San Juan, Misiones, Santa Cruz, Tucumán, Neuquén, San Luis, Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja y La Pampa hay muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación debe resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires y la CABA, que presentan los mayores focos de contagio y en proporción menor, las Provincias de Córdoba y Río Negro.

Pero incluso en una Provincia como la de Córdoba, se observan distintas realidades, y cerca de 30 Gobiernos municipales, han solicitado avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos.[93]

---

[90] En igual línea, el DNU 408/2020 otorga a las Provincias la determinación de actividades y la confección de los protocolos respectivos, pero reafirmando la competencia federal, ya que en último término deciden los Ministerios de Salud y la Jefatura de Gabinete de Ministros. Y lo propio dispuso el más reciente DNU 493/2020 de 24 de mayo de 2020, de prórroga de la cuarentena. Véase al respecto el artículo de Martin Acevedo Miño, "La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas", *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de mayo de 2020.

[91] Véase la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior, del 28 de marzo de 2020.

[92] Véanse los artículos "Coronavirus en Argentina: Fernández evalúa extender la cuarentena obligatoria hasta el 10 de mayo inclusive", Infobae on line, Buenos Aires, 22 de abril de 2020, nota de Roman Lejman y "Coronavirus: los Gobernadores se preparan para la continuar la cuarentena con más flexibilizaciones", *La Nación on line*, 22 de abril de 2020, nota de Gabriela Origlia.

[93] Véase la nota de Fernando Colautti, "Pocos Intendentes piden abrir más actividades", La Voz del Interior, Córdoba, 22 de abril de 2020, p. 3. En efecto, 30 de los 427 gobiernos locales han solicitado al Gobierno Provincial esa flexibilización, pero la respuesta ha sido negativa, lo que indica esa subordinación que antes señalábamos y que afecta las autonomías locales. En el caso de la Provincia de Buenos Aires 72 Municipios han solicitado lo mismo.

Creo que la concentración de todas las decisiones en el Gobierno central o incluso en los Provinciales, debe ceder en consecuencia, ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso.[94]

En este aspecto, resulta incuestionable la importancia y trascendencia del rol desarrollado específicamente por los *gobiernos municipales,* durante esta emergencia. En primer lugar, tal como antes lo expresara, por sus amplias competencias en materia sanitaria, concurrente con la de los otros órdenes gubernamentales.[95]

Se trata del ámbito estatal en contacto directo e inmediato con la población, que en nuestro país tiene características urbanas muy pronunciadas.

Cualquiera sea la magnitud de los gobiernos locales, todos han desarrollado actividades de prevención, contención y apoyo en la lucha contra el COVID-19.

Y muy especialmente se advirtió su imprescindible papel por la directa relación con los sectores más vulnerables, que se presentan tanto en pequeñas localidades, en ciudades intermedias como en las grandes áreas metropolitanas, con situaciones de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social.

En tan sentido es pertinente señalar la importancia de los Centros de Atención Primaria de la Salud, que con sus equipos multidisciplinarios, cumplen un rol imprescindible en la lucha contra la pandemia y en el cuidado de la salud, porque constituyen el servicio más inmediato y cercano para la población.[96]

Véase nota de Lucesole, María José, "Coronavirus en Argentina: más de la mitad de los municipios bonaerenses pidieron flexibilizar la cuarentena", *La Nación on line*, 24 de abril de 2020.

[94] Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen que solicitó la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que tuvo que esperar su autorización desde el Gobierno Federal en Buenos Aires. Véase el articulo de Diego Dávila, "Volkswagen pidió reabrir la planta local el próximo lunes", *La Voz del Interior*, Córdoba, 22 de abril de 2020, p. 8.

[95] Ha sido muy importante el fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que ante el reclamo del Gobierno Federal acerca de su competencia exclusiva para adoptar las medidas de protección y aislamiento social durante la pandemia, sostuvo que se trataba de una facultad concurrente entre los diversos órdenes gubernamentales que requería la coordinación entre los mismos. Y en consecuencia, avaló las medidas dispuestas por los gobiernos estaduales y municipales al respecto, ante la actitud del presidente Bolsonaro que se oponía a las mismas. Véase Supremo Tribunal Federal, ADPF 6341MC/DF, ministro relator Marco Aurelio, del 24 de marzo de 2020. Otro ejemplo de la importancia del sistema federal, que posibilita una respuesta descentralizada que es más eficiente para combatir la pandemia.

[96] Véase Patricio Cacase, "La atención primaria en esta pandemia: crisis y oportunidad", Clarín, on line, Opinión, 29 de mayo de 2020.

Esa inmediatez con los problemas produjo que algunos gobiernos locales se hayan adelantado al Gobierno Federal o a los respectivos Gobiernos Provinciales en la adopción de medidas preventivas, como el de Bahía Blanca, que prohibió el 12 de marzo la realización de eventos y actividades con concurrencia masiva de público, entre otros de la Provincia de Buenos Aires.[97] Tal como había ocurrido en otras Federaciones.[98]

El triste y riesgoso espectáculo que se produjo el 3 de abril de 2020, con la presencia de miles de jubilados y pensionados agolpados frente a los Bancos, fruto de la centralista decisión de las autoridades de la Anses y del Banco Central, pudo ser evitado con solo haber coordinado o encargado dicha organización a las autoridades locales.

Ello no excluye, como veremos más adelante, la comisión de excesos por parte de gobiernos provinciales y locales, como entre otros, la prohibición de tránsito o el establecimiento de toques de queda o de medidas que hayan provocado conflictos de competencia como en la fijación de horarios de comercio.[99]

Mientras tanto, el Gobierno Federal al sancionar la *Ley de Emergencia Nº 27.541 de 2019 produjo un retroceso bajo el punto de vista del federalismo,* al detener el proceso de transferencia de *Edenor y Edesur,* a la Provincia de Buenos Aires y a la CABA.[100] O sea que está a cargo del Tesoro Nacional nuevamente la

[97] Mediante el Decreto 317/2020, lo que sería continuado a los pocos días por otros Municipios como La Plata, Tandil, Olavarría, Pilar, Avelllaneda, Mar del Plata, Brandsen, entre muchos otros. Véase Víctor Malavolta y Orlando Pulvirenti, "El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia", 28 de abril de 2020, *www.saij.gob.ar.* Orlando Pulvirenti es Miembro del Instituto de Federalismo y responsable de los informes de la Provincia de Buenos Aires.

[98] Malavolta y Pulvirenti en su artículo citado mencionan el caso del Gobierno local de San Francisco, frente al Gobierno Estadual de California, así como los casos que más adelante mencionamos sobre el federalismo norteamericano.

[99] Un caso notable fue el del gobierno local de Puerto Iguazú, que anunció el cierre del puente Tancredo Neves que nos vincula a Brasil, lo que fue evitado por la advertencia del Juez Federal de El Dorado. Véase Ernesto Azarkevich, "Coronavirus en Argentina: Finalmente Puerto Iguazó no cerró su frontera con Brasil", *Clarín, on line*, 25 de marzo de 2020. Otros casos que citan Malavolta y Pulvirenti en su artículo "El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia" ya citado, son los de Campana, Pilar, Escobar y Brandsen en la Provincia de Buenos Aires, con respecto a las autorizaciones para el trabajo de pileteros, cortadores de pasto y jardineros, que no estaban incluídos en los DNU nacionales, lo que motivara la intervención del Juez Federal de Campana . Y además, la fijación de horarios comerciales como en Junin, cuando esa competencia correspondería a la Provincia.

[100] Véase el artículo de Laura González, "Cubrir el rojo del sistema energético demandará unos 470.000 millones", con el subtítulo: Son los fondos que el Estado deberá inyectar hasta diciembre para evitar un colapso, según cálculos de Cammesa, La Voz del Interior, pág. 6 del 18 de mayo de 2020. Y más específicamente el artículo en esa misma página,

prestación de esos servicios públicos que benefician al área metropolitana, de la misma manera que han continuado los *subsidios al transporte* que la privilegian.[101]

Merece considerarse asimismo el sorprendente *conflicto judicial* que se planteó entre los *Juzgados Federales de Corrientes y Resistencia,* originado por las diversas resoluciones dictadas en relación a la posibilidad de prestación de servicios medicos por aquellos profesionales que viven en Corrientes pero que trabajan en Resistencia.

En efecto, frente a una Circular del Gobierno de Corrientes que prohibía esa posibilidad, el juez federal de resistencia ordenó lo contrario, en una acción presentada por la Asociación de Clínicas y Sanatorios y de la Federación de Médicos de la Provincia de Chaco.

A su vez, la Provincia de Corrientes presentó una acción declarativa con medida cautelar ante el Juez Federal de Corrientes contra dicha resolución, que hizo lugar a la misma dejando sin efecto la misma en su jurisdicción. Y luego, nuevamente el Juez Federal de Resistencia volvió a ordenar a la Provincia de Corrientes que no impidiese a los medicos el ejercicio de sus funciones, conforme los DNU del Gobierno Federal.

"Otra vez, la Nación asistirá a usuarios de Edesur y Edenor", lo que demuestra la gravedad de la decisión asumida de reasumir la jurisdicción nacional, lo que centraliza el manejo de esas distribuidoras a través de ENRE, en perjuicio directo del interior del país. Y lo propio ocurrió con el servicio de agua potable a través de Aysa, cuando es más que evidente que son servicios que deben estar a cargo de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA. También es muy preocupante el posible cierre del aeropuerto del Palomar, que afectaría a las empresas aéreas de Low Cost y con ello, a los vuelos al interior del país. Véase el artículo de Gonzalo Perez Corral, "Solos no se crece", *La Voz del Interior*, Córdoba, 24 de mayo de 2020.

[101] Por este motivo, los Intendentes de Córdoba, Rosario, Santa Fé y Paraná presentaron un reclamo al Gobierno Federal, ya que solo reciben menos del 10% de subsidios para el transporte, mientras que el Area Metropolitana alcanza a un 91%. Véanse las notas de Diego Marconetti, "Intendentes y diputados, por más subsidios para el interior", La Voz del Interior, 22 de mayo de 2020 y especialmente "Subsidios al transporte: de cada $ 10, apenas uno va para el interior", *La Voz Interior*, 27 de mayo de 2020. En este último afirma que en 2019 la Nación repartió más de 69.400 millones, quedando el 91% en el AMBA, y que esa brecha se amplió este año. Eso ha significado que por cada ómnibus de dicha zona se aportaron 3,46 millones de pesos, mientras que a cada uno del interior le correspondió 420.000 pesos. Y esto explica que la tarifa promedio en el AMBA sea de 12,75 pesos, mientras que en el resto de las jurisdicciones es de un promedio de 28 pesos, y en el caso de Córdoba es de 31,90 pesos. Por si faltara algo, el Presidente acaba de disponer el reparto de 20.000 millones para obras en el Gran Buenos Aires, además de la reactivación de 68 obras por parte de Aysa en municipios del conurbano. Véase el artículo "$ 20.000 millones para el Gran Buenos Aires", *La Voz del Interior*, 27 de mayo de 2020.

Esa medida cautelar fue confirmada por la Cámara Federal de Resistencia, en una importante resolución de fecha 20 de abril de 2020, que posibilitó el ingreso del personal medico de Corrientes a la Provincia del Chaco.[102]

Además de las cuestiones federales a analizar, se ha tratado de un conflicto judicial que debe resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[103]

Una cuestión similar se planteó entre los *Juzgados Federales de Río Cuarto y de San Luis,* puesto que ante la medida cautelar del primero que ordenaba la terminación del bloqueo dispuesto por la Provincia de San Luis de la Ruta Nacional núm. 8, de la Ruta Provincial núm. 30 y de caminos vecinales que unen al Departamento Río Cuarto de la Provincia de Córdoba con la Provincia de San Luis, el Juez Federal de San Luis hizo lugar a una medida cautelar contraria solicitada por dicho Gobierno Provincial.

Se trata de un Amparo que hemos presentado ante el Juez Federal de Río Cuarto en nombre de cuatro entidades que representan a miles de ciudadanos del Sur de la Provincia de Córdoba, ante la extrema gravedad de los derechos conculcados por el cierre de completo de dichas rutas, en un retorno al Medioevo dispuesto por el Gobierno Provincial de San Luis.[104]

El juez Ochoa, luego de correr vista a la Fiscalía, hizo lugar a la medida cautelar, ordenando la apertura de las rutas y caminos mencionados, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el DNU 297 del Poder Ejecutivo de la Nación.

Por su parte, el Fiscal de Estado de San Luis, ante la noticia del amparo presentó una Acción declarativa de certeza ante el Juez Federal de San Luis sobre la constitucionalidad de la legislación provincial, con pedido de

---

[102] Véanse los autos "Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ Medida Cautelar" (Expte. núm. 1331/2020).

[103] Véase el artículo de Orlando Pulvirenti, "Tres fallos y el federalismo en la pandemia", Microjuris.com, MJ/DOC/15283/AR, 14 de abril de 2020.

[104] En los autos "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c. Provincia de San Luis-Poder Ejecutivo-Amparo", donde son actores la Sociedad Rural de Río Cuarto, la Sociedad Rural de Vicuña Mackenna, la Asociación Civil de Transportistas de Achiras y el Consorcio Caminero de Achiras. En dichos autos constan las fotografías del cierre completo de dihas rutas, y en el caso de los caminos vecinales, de los terraplenes construidos de casi metros de altura y con zanjas que llegan a los 20 Kms., para impedir cualquier acceso a la Provincia. Lamentablemente, no es la única Provincia en concretar estas medidas inconstitucionales. Lo acaba de ordenar la Provincia de Tucumán, incluso mediante Ley de la Legislatura, sancionada con fecha 7 de julio de 2020 y por 60 días. (Infobae, 7 de Julio, Buenos Aires). Y en otras Provincias y Municipios se avanza en tal sentido.

medida cautelar, para impedir el cumplimiento de lo ordenado por el Juez Federal de Río Cuarto.[105]

Ante el conflicto de competencia planteado, este Juez ha resuelto la elevación del expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabíamos que allí terminaría esta causa promovida por vecinos de una Provincia contra otra Provincia, donde la competencia federal es indudable por razones de materia y de personas, según lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Parece increíble que esto ocurra en la realidad: una Provincia que impide el tránsito interprovincial en una Ruta Nacional como la núm. 8, en violación de los artículos 9 a 12 de la Constitución Nacional y de principios elementales del federalismo argentino, con profundas afectaciones de derechos fundamentales como veremos más adelante.

También se produjo otro *conflicto entre las Provincia de Mendoza, Jujuy, Chubut y Corrientes y el Gobierno Federal,* que decidió impedirles la compra de respiradores a la empresa cordobesa Tecme, pese a que los habían encargado con anterioridad, para centralizar su distribución.[106]

Es pertinente también efectuar una referencia a la *interpretación del Art. 128 de la Constitución Nacional, ya* que ha sido reiteradamente invocado en varios DNU dictados durante esta emergencia, a partir del 260/2020, para tratar de fundamentar una subordinación de las provincias al gobierno federal.

La norma dispone que "Los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación" y tuvo su origen en el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi y a su vez, en la Constitución de Nueva Granada. Como expresa Guillermo Barrera Buteler: "Este artículo generó una fuerte polémica entre Alberdi y Sarmiento, ya que este ultimo lo calificó de "sistema bastardo que da al gobierno de una provincia dos naturalezas distintas, dos orígenes a su autoridad, dos respaldos opuestos y dos inspiraciones diversas".[107]

Y después de señalar las dificultades planteadas por la norma, en general rechazada por la doctrina y calificada como anacrónica, sos-

---

[105] "Gobierno de la Provincia de San Luis c. Confederación de Asociaciones Rurales de la 3ª. Zona y otros s/ Acción meramente declarativa de Derecho".

[106] Véase la nota de Daniela Mozetic, "Cruce entre Ginés y Gobernadores por la compra de respiradores", Perfil, Buenos Aires, 28 de marzo de 2020.

[107] Guillermo Barrera Buteler, "Los Gobernadores como agentes naturales del gobierno federal", en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, t. IV, p. 932. Sarmiento había sostenido esa opinión en sus "Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina".

tiene que "no puede darse al artículo una interpretación que coloque al Gobernador en calidad de subordinado jerárquico del Gobierno central".[108] Y luego indica que por el contrario, "la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece...".[109]

Y así es como debe interpretarse el artículo 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

Sin embargo y tal como lo he adelantado inicialmente en el análisis de esta emergencia,[110] se volvió a un grado notable de centralización, en violación de las instituciones propias de nuestro federalismo.

Hacia el futuro espero que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo con el proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la CABA y municipales.

Continuando con el análisis, debo considerar brevemente cómo ha sido el *funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales* en la emergencia.

Y también aquí se ha observado el *fenómeno del hiperpresidencialismo,*[111] con *falta de funcionamiento en general de Legislaturas y de Concejos Deliberantes,* aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera presencial la Legislatura de Neuquén y en forma virtual las de Córdoba, Mendoza, Río Negro y Salta y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipu, Godoy Cruz, Guaymallen, Neuquén, Santa Rosa, Salta, Viedma, Villa Regina y Cipolletti.[112]

---

[108] *Ibidem,* p. 932.

[109] *Idem*. Y menciona como ejemplo al federalismo alemán, en los artículos 84 y 85 de su Ley Suprema.

[110] En el artículo de nuestra autoría titulado "Federalismo y COVID-19", *Clarín on line*, 24 de abril de 2020.

[111] Se ha repetido en general en las Provincias y Municipios el modelo observado en el Gobierno Federal. Véase el artículo antes citado de Malavolta y Pulvirenti, donde se citan ejemplos de Decretos o simples Resoluciones Administrativas, incluso en cuestiones tributarias, sin participación de los Concejos Deliberantes, en distintos gobiernos locales de la Provincia de Buenos Aires. Además véase en relación con México, Daniel Barceló, "Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y de los Estados en emergencias sanitarias", en la publicación on line *Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo*, *cit.*

[112] Véase Juan Brugge, en su artículo titulado "Congreso de la Nación, las sesiones por videoconferencia y su constitucionalidad", Perfil, on line, del 17 de abril de 2020. También funcionan de manera virtual las Legislaturas Estaduales de Chiapas, Sinaloa y Zacatecas en la federación mexicana. Por su parte, véase la actividad legislativa de 35 Estados norteameri-

La *regla ha sido el Gobierno por Decretos de los Gobernadores* o a veces, ni siquiera eso, sino mediante Resoluciones o Decisiones administrativas de otros funcionarios inferiores.

Ejemplo de ello ha sido la Provincia de Chubut, donde se ha violado el artículo 156 de la Constitución Provincial sobre el dictado de DNU, que dispone que deben ser presentados dentro de los 5 días ante la Legislatura y que si no son aprobados dentro de los 30 días quedan derogados. Pero al no sesionar la misma, el Gobernador presentaba el mismo DNU antes de su vencimiento.[113]

En la Provincia de Salta se dictó el DNU 250/20 que declaró la emergencia y creó el Comité de Emergencia presidido por la Ministra de Salud. Se ha cuestionado además al DNU 255/20 que reguló materia contravencional por DNU, a la vez que las "figuras" parecen superponerse con las disposiciones del Código Penal, siendo materia propia del Congreso Nacional. También se ha observado que como autoridad de aplicación se haya designado al Jefe de Policía. El CELS ha presentado recientemente un amparo ante la Corte Suprema de Salta (con competencia originaria por tratarse de un acto del Gobernador) requiriendo la declaración de inconstitucionalidad. Y todo ello, no obstante el funcionamiento virtual de la Legislatura Provincial.[114]

En la Provincia de Neuquén por Decreto 366/2020 del 15 de marzo de 2020 del Gobernador se declaró el estado de emergencia sanitaria en el territorio provincial por el término de 180 días y se creó el Comité de Emergencia "ad hoc", invitándose a los restantes poderes del Estado provincial, municipios y comisiones de fomento a adherir y disponer medidas correlativas. Y la Legislatura por Ley 3230 del 25 de marzo de 2020 declaró la emergencia, habilitándose al Poder Ejecutivo a prorrogar ese término por única vez y por igual lapso de tiempo.[115]

---

canos en la pág. web de la National Conference of State Legislatures, www.ncsl.org, con toda la información en torno al COVID-19,

[113] Véase a José Raúl Heredia, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Chubut, en el titulado "La pandemia y decisiones en Chubut", de fecha 24 de abril de 2020. También hace referencia a los avances producidos sobre las autonomías municipales, que provocaron reclamos de los gobiernos municipales de Comodoro Rivadavia, Trelew y Esquel, entre otros.

[114] *Cfr.* Informe del Prof. Ignacio Colombo Murúa, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Salta, de fecha 27 de abril de 2020.

[115] *Cfr.* Informe del Prof. Armando Mario Márquez, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Neuquén, de fecha 5 de mayo de 2020.

En la Provincia de Río Negro se dictó el DNU 01/2020 del 13 de marzo de 2020 que declaró en emergencia sanitaria al territorio provincial por el plazo de un año, plazo que podrá ser prorrogado en caso de persistir la situación epidemiológica, estableciendo que sea el Poder Ejecutivo la única autoridad de la cual emanen las decisiones e instrucciones. Asimismo se creó el Comité de Crisis integrado por los diversos Ministerios. Por su parte la Legislatura adoptó unas pocas y diversas resoluciones al respecto, que no estuvieron acordes al rol institucional que debió ejercer en la emergencia.[116]

En la Provincia de Córdoba la Legislatura sancionó la Ley núm. 10.690 con fecha 18 de marzo de 2020 que dispuso la adhesión a la Ley Nacional núm. 27.541 que había declarado la emergencia sanitaria, al DNU 260 que la prorrogó y a la legislación nacional que se dicte en la materia. Asimismo se ratificaron los Decretos núms. 156 y 196 de fechas 9 y 16 de marzo de 2020 del Poder Ejecutivo Provincial que habían declarado el Estado de alerta, prevención y acción sanitaria contra el dengue, coronavirus y sarampión y se facultó al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud a tomar las medidas necesarias en la materia.

Posteriormente, mediante Resolución 311 del Ministro de Salud de la Provincia, de fecha 24 de marzo de 2020 se creó el Centro de operaciones de Emergencia (COE), que es el que dispuso diversas resoluciones y disposiciones, concentrando el accionar provincial y subordinando a los gobiernos locales.

La Legislatura mediante Ley núm. 10.702 sancionó un Régimen Sancionatorio Excepcional de emergencia sanitaria", promulgado el 17 de julio de 2020, con sanciones desde 5.000 hasta 500.000 pesos, con graves objeciones sobre su constitucionalidad.

Tampoco en esta Provincia la Legislatura cumplió adecuadamente con sus atribuciones y competencias constitucionales.

Interesa destacar especialmente dos *acciones interprovinciales* efectuadas en la Patagonia: en primer lugar, la creación de la *Comisión Interprovincial de Monitoreo de la Situación Epidemiológica (COVID-19),* creada por los Gobernadores de Neuquén y Río Negro, con fecha 19 de abril de 2020. La misma tiene a su cargo no solo el manejo de la información respectiva, sino también la unificación de criterios sobre los casos sospechosos, la optimización de los recursos conjuntos y las medidas de seguridad en las zonas de límites y en los municipios colindantes. Y en segundo lugar, la reunión del *Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia,* que en su última reunión celebrada en Lago Puelo, acordó que a través de la Presidencia de la organización,

[116] *Cfr.* Informe del Prof. Armando Mario Márquez, Miembro del Instituto de Federalismo, del 5 de mayo de 2020.

cada Poder Judicial informe permanentemente las medidas que ha adoptado para prevenir y minimizar los efectos de la pandemia del COVID-19.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia por los distintos gobiernos, se puede señalar que *en el país hubo plena coincidencia* en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia, más allá de algunas cuestiones que analizaremos en relación a los derechos afectados.[117] Ello fue acertado y razonable, en razón de la experiencia observada a nivel mundial y además, ante las carencias de nuestra infraestructura y sistema sanitario.[118]

A esta altura, *insisto en que son los gobiernos provinciales y municipales los que deben resolver la salida de la cuarentena,* en virtud de sus competencias constitucionales y ante los problemas que ya presenta su extensión.

3. *Los derechos fundamentales restringidos o lesionados*

En cuanto al breve análisis de los *derechos fundamentales restringidos o lesionados* por esta emergencia, señalo en primer lugar la *libertad física o de locomoción, la de reunión, y los de trabajar y ejercer industria lícita,* como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio.[119]

---

[117] En cambio, en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los Presidentes fueron reacios a decidir o impulsar las cuarentenas. Y por eso reaccionaron anticipadamente los Gobernadores de San Pablo y de Río de Janeiro, de Jalisco y Nueva León y de New York y California, entre otras autoridades estaduales y municipales. Véase John Kincaid y J. Wesley Leckrone, "Federalism and the COVID-19 crisis in the United States of America", Forum of Federations, que refieren que 10 gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos Demócratas, antes de las decisiones del Presidente. Los autores critican el accionar oficial ante la pandemia, atento la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos. En igual sentido Dan Farber destaca que los Estados y los gobiernos municipales están en la primera línea en esta lucha contra la pandemia, atento sus competencias constitucionales, en "Federalism and the pandemic", 26 de marzo de 2020, Legal planet, on line, Berkeley Law, UCLA. Véase asimismo Jorge Madrazo, "Reflexiones bajo la bruma. Notas sobre el federalismo en Estados Unidos en tiempos de la pandemia", *Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo*, *cit.*

[118] A lo que debe agregarse la escasa realización de testeos a la población, que nos hubiera permitido conocer mejor la evolución de la pandemia, como otro método exitoso utilizado en Corea, Singapur, Taiwan y Alemania. Aunque a esta altura en julio, preocupa ya la extensión de la cuarentena, que debiera flexibilizarse en la gran mayoría de las Provincias, como lo he manifestado. Es evidente que el tiempo transcurrido implica una lesión cada vez mayor de una gran cantidad de derechos, empezando por los daños psicológicos producidos por el encierro.

[119] Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado.

Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a *la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa,* consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía.[120]

Incluso se han lesionado el *derecho de propiedad, el de comerciar, el transporte interprovincial y hasta la libertad de cultos,* como veremos seguidamente.

Con respecto a los primeramente mencionados, la *constitucionalidad del DNU 297 fue así resuelta por un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo,* Sala integrada de Hábeas Corpus, que rechazó un Hábeas Corpus presentado al respecto.[121]

Sin embargo, en un *Habeas Corpus colectivo admitido en Chubut,* la Jueza Del Valle Moreno sostuvo que hubo *excesos policiales en el cumplimiento de las medidas dispuestas,* que habían incluido un virtual toque de queda en poblaciones, entre otras medidas que iban más allá del DNU Nº 297/2020.[122]

Sostengo la *inconstitucionalidad del Protocolo de Acción de Ingreso y egreso de la Provincia, dictado por Decreto del Poder Ejecutivo en la Provincia de San Luis.*

En primer lugar, porque no se admite por la Constitución Provincial el dictado de DNU y en consecuencia, para una limitación de derechos constitucionales es necesaria una Ley Provincial, con intervención de la Legislatura.

Pero además en el Protocolo se *prohíbe el ingreso a la Provincia en varios de los pasos limítrofes,* y en los autorizados se establecen requisitos, que resultan irrazonables y desproporcionados, en violación de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ejemplo, se prohíbe que en el transporte de carga haya un acompañante, y además se dispone que dicho tránsito por la Provincia será ""encapsulado" (con custodia policial) hacia el puesto limítrofe de egreso, sin permitirle a los vehículos escoltados ninguna detención dentro del territorio provincial".[123]

---

[120] Véase Roberto Gargarella, "Necesitamos resguardar los derechos fundamentales", *Clarín*, Opinión, 28 de mayo de 2020.

[121] "Kingston Patricio-Habeas Corpus", 19.200/2020, Fallo de Rodolfo Pociello Argerich y de Ricardo Matías Pinto, marzo 2020.

[122] Véase el artículo de Adriana Meyer, "Chubut: Hábeas corpus colectivo y marcha atrás con las medidas abusivas", *Diario Página 12 on line*, Buenos Aires, 21 de abril de 2020.

[123] Véase la Editorial de La Nación, del día 12 de mayo de 2020 titulada "San Luis: la democracia, en cuarentena", donde se describen detalladamente las violaciones constitucionales que se están produciendo y que afectan varios derechos fundamentales, además del libre tránsito.

Pero la situación llegó a límites inimaginables cuando a consecuencia del cierre completo de los caminos, se impidió todo ingreso a la Provincia, lo que afectó especialmente a quienes vivían en localidades del oeste cordobés muy cercanas a Merlo.

A consecuencia de ello, el 2 de junio fallecieron 2 personas: una que no pudo llego llegar con un ACV al hospital de dicha ciudad, a 10 Kms de distancia, mientras que el de Villa Dolores estaba a 60 Kms y la otra porque al intentar cruzar el vallado, su automóvil se dio vuelta y perdió la vida, cuando intentaba ver a su familia.[124]

Y mientras esto ocurre, no se ha observado todavía reacciones por parte de las diferentes autoridades tanto federales como provinciales, de los Poderes Legislativos, Ejecutivos o Judiciales respectivos, para terminar con tan gravísima arbitrariedad.

Otro doloroso ejemplo más de la débil cultura de la legalidad del país y de la baja calidad institucional que tiene el país, ahora profundizada por esta emergencia.

Las responsabilidades por estos hechos abarcan todos los aspectos jurídicos, pero en lo institucional no puedo dejar de señalar que en lo constitucional, se están desconociendo principios esenciales de nuestra Federación por parte de dicha Provincia.

Esto dio origen al *Amparo presentado ante el Juzgado Federal de Río Cuarto*, por parte de 4 entidades del sur cordobés, ante el bloqueo de las rutas Nacional núm. 8, Provincial núm. 30 y caminos vecinales.

El tránsito interprovincial en la Ruta Nacional núm. 8 está cerrado, con directa afectación de la población de localidades como Río Cuarto, Sampacho, Suco y Chaján de Córdoba, que tienen especial vinculación con la ciudad cercana de Villa Mercedes, de San Luis, tal como lo expresara en una nota el Intendente de Chaján dirigida al Gobierno de dicha Provincia.

El bloqueo de la Ruta Provincial núm. 30 que une La Punilla en San Luis con la Ciudad de Río Cuarto, en la Provincia de Córdoba, produce muy graves consecuencias a la población de las localidades de Achiras, Río Cuarto y Vicuña Mackenna, entre otras. Al respecto se expresó en una nota el Intendente Municipal de Achiras.

Pero además en los caminos vecinales que vinculan a ambas Provincias y que están a cargo del Consorcio Caminero 158 de Achiras, la Provincia de San Luis ha levantado terraplenes en el limite interprovincial. Y aún más, en un regreso sin escalas al Medioevo, incluso se ha cavado una zanja

[124] Según lo informado por el periodista Petete Martínez en su Programa de Radio Mitre, Córdoba, de fecha 3 de junio de 2020.

en algunas zonas para impedir todo paso. Ello según se aprecia en las fotografías que se acompañaron como prueba de esta gravísima situación en el Amparo presentado.

Dicho bloqueo extremo no tuvo en cuenta las situaciones reales y la profunda interrelación humana, económica, comercial, agropecuaria, industrial, familiar y de culto que existe entre las dos Provincias y particularmente, entre el departamento Rio Cuarto y toda la amplia zona limítrofe del territorio puntano.

A modo de ejemplo, para al sector agropecuario se dictó un protocolo que restringe el ingreso a la Provincia dando diferentes opciones como son la cuarentena de 14 días o un hisopado, que además son a cargo de las personas afectadas. Estas medidas son contradictorias entre sí, todas sumamente costosas, arbitrarias e imposibles de cumplir, ya que no son compatibles con ningún comercio lícito.

Para la circulación interna dentro de la Provincia existe asimismo un permiso especial, el cual caduca una vez que se egresa de la provincia, (previa autorización de egreso), y nuevamente comienza el ciclo, para luego nuevamente ingresar.

Claramente subyace lo inviable de esta metodología dado los tiempos que requiere la actividad agropecuaria, que produce en ciclos biológicos, que necesitan, en épocas determinadas, monitoreo e intervenciones constantes, diarias e intensivas.

En el caso particular de la actividad agropecuaria, el riesgo de trasmisión es muy bajo. Para el desarrollo de la misma no es necesaria la concentración de personal, no se está en contacto directo ni masivo con poblaciones cercanas, pues es una actividad que se realiza al aire libre con gran distanciamiento entre los operarios.

De igual manera ocurre con el sector de transporte, que está sufriendo medidas tan arbitrarias que resulta dificultoso seguir desarrollando su actividad. Es que se obliga a recorrer 120 km desde la localidad de La Punilla hasta Santa Rosa del Conlara o a la Ciudad de Villa Mercedes para realizar una desinfección exterior de sus vehículos, de dudosa efectividad, con costos exorbitantes en relación a las tarifas de sus fletes y esfuerzos injustificados, que producen perjuicios económicos y enorme consumo de tiempo.

Se advierte en consecuencia las severas violaciones a los derechos de locomoción, de usar y disponer de la propiedad, trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y hasta la libertad de cultos, ya que la Iglesia del Cuadrado quedó detrás de terraplenes y el Sacerdote vive en Achiras, no pudiendo cumplir sus funciones.

Igual consideración nos merecen las *prohibiciones de ingreso o de tránsito* efectuadas por varios gobiernos locales a lo largo del país, que se produjo afectando a quienes estaban autorizados por el DNU 297/2020.

Y lo propio hay que decir con respecto a los que establecieron un *toque de queda,* como en los casos de Carlos Casares, Coronel Rosales, Pehuajó, Lezama y General Madariaga.[125]

También debe mencionarse el tributo fijado por Decreto al sector rural en el Municipio de Castelli en *violación del principio de legalidad.*[126]

Otra norma que fue *declarada inconstitucional fue la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la CABA núm. 16/2020*, en sus artículos 2 y 3, que habían dispuesto la obligación para los *adultos mayores de 70 años* de efectuar un aviso a la autoridad pública antes de salir de sus viviendas, en el marco de lo dispuesto por el DNU 297/2020 y que tenía una duración de 48 horas.

La intención inicial del Gobierno había sido que dichos adultos mayores solicitasen permiso para salir, pero ante las críticas recibidas, emitieron la referida Resolución. Pero aún así fue declarada inconstitucional en una sentencia de extensa argumentación que consideró que se violaba el principio de igualdad de los mismos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la CABA.[127]

También se debatió una cuestión similar en Francia, con opiniones contrarias a cualquier discriminación hacia los adultos mayores.[128]

En relación a las *posibles violaciones de la privacidad de las personas,* debe mencionarse la declaración efectuada por la Ministra de Seguridad de la Nación, de que se efectúa un *ciberpatrullaje para medir el humor social* en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó inmediato rechazo opositor.[129] A ello se suma el pedido efectuado a las *empresas de telefonía móvil* por

---

[125] Véase Víctor Malavolta y Orlando Pulvirenti, "El federalismo y el municipalismo en la pandemia", *cit.*, nota 13.

[126] Idem, nota 24. Aunque posteriormente el Concejo Deliberante aprobó la medida, que está cuestionada judicialmente.

[127] En los autos "Lanzieri Silvano c. GCBA-Amparo", con fecha 20 de abril de 2020 y con fallo del Juez Lisandro Fastman. Véase al respecto la nota de Néstor Sagüés titulada "Mayores de 70: un pedido de autorización que nació mal y terminó diluido", *La Nación, on line*, 22 de abril de 2020.

[128] Véanse las opiniones en tal sentido de Didier Maus y Alain Minc en el artículo "La rebelión de las canas", *Infobae on line*, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Tras las críticas el Presidente Macron dio marcha atrás con el confinamiento obligatorio de los mayores de 65 años.

[129] Véanse las opiniones de los Diputados Nacionales de la UCR, Alvaro de Lamadrid, Gustavo Menna, Luis Petri, Roxana Reyes y Gonzalo del Cerro, en la nota "Frederic habló

el Gobernador de la Provincia de Chaco, Jorge Capitanich, para disponer de los números de los usuarios a los fines de controlarlos por la pandemia.[130] Y más recientemente, y en el mismo sentido, la *App Cuidar,* también pretende el control personal, con grave riesgo para las libertades personales.[131]

Mencionamos lo ocurrido en la Provincia de San Luis, donde el Gobernador resolvió impedir la *distribución de diarios y revistas nacionales* desde el 14 de abril de 2020, lo que duró 5 días. Se trató de una grosera violación de los derechos a la información como de la libertad de prensa, reconocidos por el Bloque de Constitucionalidad Federal y por la propia Constitución Provincial.[132]

También en relación a esto, el Vicepresidente del Enacom (Ente Nacional de comunicaciones), Gustavo López anunció que se debía *controlar los portales de Internet para evitar fake news,* en base a la doctrina de la real malicia

---

de "ciberpatrullaje para medir el humor social" y desató otra polémica", en Perfil, del 8 de abril de 2020. Los Diputados de la oposición cuestionaron dichas declaraciones alegando violaciones a la privacidad, entre otros derechos asegurados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Este es uno de los problemas más graves que amenazan la condición humana, ante la presencia de Estados autocráticos que controlan todo con la tecnología, como ocurre en China. Véase "El coronavirus bajo el liberalismo" - Byung-Chul Han: vamos hacia un feudalismo digital y el modelo chino podría imponerse", Clarín on line, Cultura, 17 de abril de 2020, donde el filósofo y ensayista coreano alerta que el coronavirus podría llevarnos a una sociedad de vigilancia total que terminará con las libertades occidentales. Allí denuncia la biopolítica y el control tecnológico efectuado sobre cada individuo. Pero también señala los riesgos de plataformas como Facebook, Google o Amazon, como capitalismo de vigilancia, para manipular y maximizar ganancias. Recuérdese también a Michel Foucault que había anticipado este enorme riesgo en su Histoire de la sexualité: La volonté de savoir", 1, Gallimard, Paris, 1976.

[130] Véase Clarín on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Asimismo véase el artículo de Guillermo Borella, "Big Data: Vamos hacia sociedad de control y vigilancia", La Nación, on line, 2 de mayo de 2020.

[131] Véase Alejandro Fargosi, "La App Cuidar, un nuevo atropello a la libertad", Infobae, Buenos Aires, on line, 12 de mayo de 2020. Véase, asimismo, Zambrano C., William, "Un debate necesario", *El Nuevo Siglo*, 26 de mayo de 2020, donde el autor se refiere a 3 decisiones del Consejo Constitucional y el Consejo de Estado de Francia y otra de un Juzgado de Colombia, donde se advierte la necesidad de no descuidar en la pandemia las libertades personales y el respeto a la privacidad, mediante la utilización de fórmulas de prevención, regulación y control como las establecidas por la Comisión Informática y de Libertades de Francia.

[132] Véase la editorial antes mencionada del diario La Nación de fecha 12 de mayo de 2020, titulada "San Luis: la democracia, en cuarentena". Estos casos planteados indican la imperiosa necesidad del funcionamiento pleno del sistema republicano, con todos los Poderes en acción, para el control de constitucionalidad de las medidas de emergencia.

y del law fare. Aunque fue desmentido al día siguiente por el titular del Ente.[133]

Asimismo se dictó otro *DNU, el núm. 522, de intervención a la empresa Vicentin, de fecha 9 de junio de 2020*, cuya inconstitucionalidad sostuve por las siguientes razones:[134]

1. "Por violar el Art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema, cuando es evidente que las Cámaras están funcionando desde el 13 de mayo.
2. Porque se afectan derechos constitucionales como el de propiedad, de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y de asociación de la empresa y accionistas, consagrados en los Arts. 14, 17 y concordantes como así también de varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional, según lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22.
3. Porque no se puede intervenir una sociedad por el Poder Ejecutivo cuando está en un proceso concursal ante un Juez, ya que el Art. 109 de la Ley Suprema expresa que : "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Esto también afecta la garantía del juez natural del 18 de la Constitución Nacional.
4. Asimismo, no debe olvidarse que en otra notable afirmación republicana, el Art. 29 prohíbe que el Congreso conceda al Presidente y las Legislaturas a los Gobernadores la suma del poder del público, facultades extraordinarias o sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.
5. No cabe dudar que esto significa una profunda herida a nuestro sistema republicano de división y equilibrio de los poderes e importa un avasallamiento al Poder Judicial.
6. También se afecta el federalismo, ya que interviene un Juez del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe".

---

[133] Véase el artículo "Coronavirus: advierten que el estado controlará los portales de internet para evitar las *fake news*", *La Nación, on line*, 1 de mayo de 2020 y edición del mismo diario del 2 de mayo con la desmentida de Ambrosini, titular del Enacom.

[134] Véase Antonio María Hernández, "La inconstitucionalidad de la intervención a Vicentin y los riesgos del hiperpresidencialismo", Infobae, Buenos Aires, Página de Opinión de *Infobae, on line*, 11 de junio de 2020 y "La educacion cívica, el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político", en la Página de Opinión de *Infobae, on line*, Buenos Aires, 18 de junio de 2020.

Y agregué:

> Debe ya mismo ejercerse el control de constitucionalidad de ese DNU por parte del Juez interviniente, ya que tenemos un control difuso y estamos ante una ostensible violación de la Constitución Nacional. Aquí es necesario recordar a Joaquin V. González que escribió: *"No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".*[135]

Finalmente mencionamos el problema de los *argentinos que quedaron en el exterior* y no pueden volver al país, por la prohibición de vuelos dispuesta en el país, y por lo que solo Aerolíneas Argentinas puede traerlos. Se calcula su número actualmente en más de 20.000.[136] Por ese motivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado informes al Gobierno Nacional.[137]

IV. Propuestas y reflexiones finales

Pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, Las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse.

Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales Federal y Provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emer-

---

[135] *Idem.*

[136] Véase el artículo de doctrina titulado "Anclao en París", de Daniel Pizarro, donde se analiza en profundidad esta cuestión, en una obra colectiva en prensa sobre esta emergencia en Rubinzal Culzoni Editores.

[137] Véase la nota de Clarín, "Coronavirus en Argentina: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió informes sobre la situación de los varados", del 28 de abril de 2020.

gencia, pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad.[138]

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos:[139]

> *a)* previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia; *b)* es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad; *c)* conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable; *d)* debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia, y *e)* debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judiciable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.[140]

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: "Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: *a)* ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución, y *b)* ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución".[141]

Insisto además en la necesidad de respetar especialmente los mandatos constitucionales de un federalismo de coordinación y concertación entre los 4 órdenes gubernamentales: Federal, Provinciales, de la CABA y Municipales, con un mayor desarrollo de relaciones interjurisdiccionales.

No puede volver a repetirse el centralismo demostrado en esta emergencia del COVID-19, donde el Gobierno Federal subordinó a los gobiernos subnacionales, en violación de la Ley Suprema de la Nación.

---

[138] Véanse Antonio María Hernández, "Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019 y especialmente, Hernández, Antonio María *et al.* (comps.), *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

[139] *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 166/7,

[140] *Ibidem*, p. 167

[141] *Idem*.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Harari[142] y Chul-Han:[143] o la conveniencia de una acción solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales, o la unilateral de cada Estado; y la segunda opción, entre las calidades de las respuestas de regímenes democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios.

Con respecto a la primera opción, hubo un débil rol desarrollado por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos, en nuestra region, ya que no se observaron acciones multilaterales.[144]

Pero además, se ha planteado un debate sobre el accionar de la Organización Mundial de la Salud, pues algunos gobiernos han sostenido que no reaccionó rápidamente ante el aviso de Taiwan del comienzo de la epidemia en China.

Y asimismo, los gobiernos de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania han señalado las responsabilidades de China por haber originado la epidemia y luego ocultarla, por lo que la información tardía facilitó la pandemia, con enormes daños a la humanidad.[145]

Es evidente que fue la acción unilateral de los Estados la que se impuso. No hubo reuniones conjuntas ni coordinación entre los líderes mundiales como Trump, Xi Jinping, Putin, Merkel, Johnson o Macron.

En el caso de Estados Unidos, compárese con la anterior política exterior del Presidente Obama, quien además había creado una Agencia especial para luchar contra futuras pandemias y que fuera desarticulada por el actual mandatario.[146]

---

[142] Yuval Noah Harari, Profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalem, autor de los libros "Sapiens: de animales a dioses", "Homo deus: breve historia del mañana" y "21 lecciones para el siglo XXI". Véase el artículo "Elegiremos entre unir a la humanidad o el egoísmo", Acento, 22 de abril de 2020, disponible en: *www.acento.com.do*.

[143] Véase "Byung-Chul Han, "La emergencia viral y el mundo de mañana"-"El filósofo coreano que piensa desde Berlín", *El País on line*, 22 de marzo de 2020, donde entre otras consideraciones sostiene que los Estados asiáticos son autoritarios, hay colectivismo y menos individualismo y los ciudadanos más obedientes. Afirma que si el sistema policial y digital chino se extiende a Europa, se impondrá el estado de excepción previsto por Agamben. Chul Han es Profesor en la Universidad de las Artes de Berlín y autor del libro "La sociedad del cansancio".

[144] No obstante el accionar que he mencionado mediante los importantes Documentos emitidos durante la pandemia, para exigir el respeto del derecho internacional de los derechos humanos.

[145] Véase el artículo de Ezequiel Spector, "Coronavirus: el papel de China en el brote del COVID-19", *La Nación on line*, 22 de abril de 2020, donde analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional.

[146] Véase Joseph S. Nye Jr, "Do morals matter? Presidents and Foreign Policy from FDR to Trump", E-books by Rakuten Kobo, 2019.

Considero que con las reformas que habrá que impulsar en la ONU, la humanidad debiera avanzar en el sueño kantiano de un mundo regido por el Derecho Internacional Público, para enfrentar esta clase de pandemias y otros problemas tan graves como los del cambio climático, el narcotráfico, el delito transnacional, las enormes desigualdades económicas, una más efectiva justicia universal y la mayor vigencia de los derechos humanos. Todo ello más allá de los cambios que posiblemente se produzcan con el mismo proceso de globalización, sumado a la muy compleja situación de la política mundial.

La segunda opción es aún más dramática, atento a la difícil realidad que atraviesan las democracias en el mundo.[147] Se señalan solo a 22 como plenas y a 53 como democracias imperfectas, además de los regímenes híbridos y de los autoritarios, que superan a las dos primeras categorías.[148]

Y como resultado de esta pandemia, algunos han cuestionado la calidad de las respuestas de los países democráticos frente a la pretendida mayor eficacia de los sistemas totalitarios, con el ejemplo de China.

Estimo por lo expuesto en este libro, que siempre es esencialmente mejor, más justa y valiosa una respuesta democrática, pero incluso se ha probado que la máxima eficiencia en la lucha contra la pandemia fue alcanzada por países democráticos.[149]

En este sentido, véanse los notables ejemplos de Nueva Zelanda, Australia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda y Canadá. Y también por Corea del Sur, Singapur y Tai-

---

[147] Para un análisis de los problemas actuales de la democracia, véanse Steven Levitzky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*, Buenos Aires, Ariel, 2018 y Larry Diamond, "Ill winds", Penguin, USA, 2019. Asimiso véase la entrevista a Pierre Manent sobre el régimen democrático y liberal en Le Figaro, 30 de abril de 2020, *www.eldebatedehoy.es* y el Manifiesto "Que la pandemia no sea un pretexto para el autoritarismo", de la Fundación Internacional para la libertad", presidida por Mario Vargas Llosa, Madrid, abril de 2020. En el documento "Una llamada para defender la democracia", de junio de 2020, suscrito por Idea International y más de 500 personalidades a nivel mundial se expresa: "La pandemia de COVID-19 amenaza algo más que la vida y el sustento de pueblos de todo el mundo. Es también una crisis política que amenaza el futuro de la democracia liberal".

[148] The Economist a través de su Intelligence Unit mide y clasifica las democracias cada año y en el 2019 señaló a 22 democracias plenas, encabezadas por Noruega, Islandia, Suecia, Nueva Zelanda y Finlandia. 3 países de América Latina integraron esa lista: Uruguay en la posición 15, Costa Rica en la 19 y Chile en la 21. El Índice de la democracia mide 60 indicadores en 5 categorías: elecciones y pluralismo, libertades civiles, funcionamiento del gobierno, participación política y cultura política. La gran mayoría de los países de América Latina integran el grupo de democracias imperfectas, salvo los casos de Cuba, Venezuela y Nicaragua.

[149] Véase Shlomo Ben-Ami "Las democracias gestionan mejor la crisis", Clarín on line, del 20 de mayo de 2020. El autor es Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Israel y autor de libros.

wán en Asia, con sus características especiales y no obstante la cercanía de China, donde se originara el virus.

Téngase presente además que varios de los países primeramente mencionados enfrentaron esta emergencia sin utilizar institutos de tal naturaleza,[150] ya que las cuarentenas no fueron obligatorias. Se actuó con el máximo respeto posible por las libertades personales. Cómo se puede comparar eso con las imágenes que hemos visto en la TV del accionar autoritario de los funcionarios chinos en las detenciones y confinamientos efectuados?

Creo que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores e ideales del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humanas.

Es la lucha por el derecho que reclamaba Von Ihering, ejecutada por las tres etapas sucesivas y superadoras del constitucionalismo: desde la clásica a la social y a la actual de la Internacionalización de los Derechos Humanos, frente a los sistemas híbridos, autocráticos y totalitarios que han sido y son mayoría en el mundo. Por su parte, Luigi Ferrajoli[151] plantea una democracia supranacional y un constitucionalismo global.[152]

V. Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio, *State of Excepcion*, Chicago, Chicago University Press, 2005.

BENCHMARKS, y el Rule of Law Checklist CDL-AD (2016)007.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2.

Constitutional Limits to security, Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law, AAVV-Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Talleinger G. Editors, Nomos -Facultas, 2009.

[150] Recuérdese asimismo lo antes expuesto sobre la inexistencia de institutos de emergencia en las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza.

[151] En su libro "Constitucionalismo más allá del Estado", Trotta, Madrid, 2018.

[152] Y John Kincaid considera que los asuntos de protección del ambiente, equidad global y paz universal también necesitan de prácticas y principios federales para garantizar el futuro frente a la catástrofe. ("Challenges to the future of Federalism", "Introduction", "Handbook of Federal Countries, 2002", Forum of Federations, McGill-Queen ·s Universiy Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2002, págs. 12/13).

CÓRDOBA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Mexico, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2009.

DICEY, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959.

FEREJOHN, John y PASQUINO Pasquale, *The Law of the Exception: A Tipology of Emergency Powers*, International Journal of Constitutional Law, 2, 2004.

GINSBURG, Tom y VERSTEEG Mila, "COVID-19 Estados de emergencia: Parte 1", *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard on line*, abril de 2020, disponible en: *www.harvardlawreview.org*

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

HERNÁNDEZ, Antonio María, "El retorno al peor pasado centralista", *La Nación*, 27 de febrero de 2020.

HERNÁNDEZ, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y "A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994",

HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Rubinzal CULZONI, Buenos Aires, 2002 y 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Rubinzal CULZONI, México, 2003.

Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959.

MIDÓN, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

RIBERI Pablo, *Assessing Republican Wariness in Times of Hazard Ant Turmoil*, en "Constitutional Limits to security", Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law" AAVV-Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Talleinger G. Editors, Nomos -Facultas, 2009.

ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, Princeton, (1948).

SCHMITT, Carl, *Political Theology*: *Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, MIT, Cambridge, Massachussets, 1988.

Sopa de Wuhan, con la participación de Agamben, ZIZEK, Franco BERARDI, Jean Luc Nancy y Chul Han, entre otros, Ebook ASPO, con el diseño y edición de Pablo Amadeo, marzo 2020.

LA PANDEMIA DE COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ: LAS DECISIONES DEL ESTADO DURANTE LA EMERGENCIA Y SUS CONSECUENCIAS

Sebastián RODRÍGUEZ ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El diseño y funcionamiento de la Constitución panameña.* III. *Una cronología de acontecimientos en Panamá en tiempos del COVID-19.* IV. *El reto actual de los constitucionalistas panameños y su rol post pandemia.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo hace una descripción de la toma de decisiones de los poderes del Estado en la República de Panamá, principalmente por el Órgano Ejecutivo. Se examina la efectividad de las medidas de emergencia sanitaria, cómo estas han repercutido en la protección de los derechos humanos y en la mitigación de la pandemia. Desafortunadamente, una serie acontecimientos se han derivado de tales disposiciones, lo cual generó drásticos problemas, con consecuencias inmediatas, mediatas y, según se prevé, también a largo plazo.[1]

Es un hecho muy conocido que la democracia, la tutela de los derechos humanos y, en suma, la Constitución siempre han sido objeto de amenazas y peligros que, incluso, al materializarse estos, producen la quiebra del Estado de Derecho. En este sentido, hemos pasado de las *causas evidentes* de este fenómeno, como *los golpes de estado, asonadas militares, perturbaciones a la paz y al orden público*, entre otras, a las *etiologías* microscópicas o imperceptibles, como el nuevo coronavirus SARS-Cov-2, que origina la pandemia por la

[1] Este trabajo es un examen en detalle y una actualización del anterior *Emergencia Sanitaria por COVID-19, Reflexiones desde el Derecho (II)*, Nuria González Martín (coord.), Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional núm. 15, UNAM, Cuidad de México, 2020.

enfermedad COVID-19, que ha puesto en jaque la fragilidad de nuestras instituciones.

Esta pandemia de COVID-19, tal como pasó con la peste negra, (s. XIV), la erróneamente denominada gripe española (s. XX, 1918), el SARS (2003), la Gripe Aviar o H5N1 (2005), Gripe A o H1N1 (2009-2010), el síndrome respiratorio de Oriente Medio (2012-2015), por citar solo algunas en la historia de la humanidad, son fuentes de gran pánico y desasosiego social. Algunas de las mencionadas han sido mucho más letales que otras. Por ejemplo, la peste negra y la gripe española ocasionaron 200 millones y 50 millones de víctimas, respectivamente.

No cabe duda que, actualmente, vivimos tiempos difíciles no solo en América Latina, sino en el mundo. La actual realidad del COVID-19 ha tocado a la débil democracia. Por esta razón, los constitucionalistas tienen un fuerte e indelegable compromiso, como hicieron en la década de los años setenta del siglo pasado, de recomponer o rediseñar las instituciones y los derechos humanos, partiendo desde la dignidad humana.

La importante publicación *The Economist*, describe el siguiente panorama:

> Los gobiernos autoritarios están aprovechando la crisis de COVID-19: "En todas partes la gente tiene miedo. Muchos desean ser conducidos hacia terrenos seguros. Los aspirantes a hombres fuertes se apoderan de las herramientas coercitivas que siempre anhelaron, a fin de, según dicen, proteger la salud pública. Las grandes reuniones pueden ser fuentes de infección; incluso los gobiernos más liberales las están restringiendo. Los autócratas están encantados de tener una excusa tan respetable para prohibir las protestas masivas, que durante el año pasado sacudieron a India, Rusia y zonas enteras de África y América Latina. La pandemia da una razón para posponer las elecciones, como en Bolivia, o para avanzar con una votación mientras la oposición no puede hacer campaña, como en Guinea.[2]

Al comienzo de la epidemia de COVID-19 en China, el resto de mundo *desestimó* la altísima capacidad de contagio del virus y, por qué no decirlo, ningún país estaba preparado. Los centros de investigación sobre enfermedades infecciosas, los investigadores científicos, los médicos especialistas y, por supuesto, el Estado y sus representantes, desconocían el comportamiento del virus. Existen claros ejemplos de científicos y de la clase política,

---

[2] *https://view.newsletters.cnn.com/messages/15877695501093a0a55c44686/raw?utm_term=15877695501093a0a55c44686&utm_source=Fareed%27s+Global+Briefing%2C+April+24%2C+2020&utm_medium=email&utm_campaign=201287_1587769550117&bt_ee=N%2FSaPseBf7Bx6fmYdVg9utLs3YoEoRuvgq5iRM279FgWKKj%2F6xQxF6aRXWPQF1O%2F&bt_ts=1587769550117.*

minimizando la fuerza viral de la referida enfermedad; principalmente, los llamados gobiernos populistas. Asimismo, al ser el COVID-19 una *enfermedad multisistémica* no se tiene, actualmente, certeza sobre las diversas formas de contagio, la inmunidad, las secuelas y el pronóstico de los infectados recuperados. La humanidad está esperanzada en una vacuna que, por ahora, parece que no llegará pronto.

La Organización Mundial de la Salud fue (en adelante OMS) informada, en noviembre, de la aparición en Wuhan, República Popular China, de una enfermedad que produce síntomas parecidos al SARS y las autoridades de ese país manifiestan que el brote infeccioso es "*prevenible y controlable*".

La OMS declara que el brote aún no constituye una emergencia pública de interés nacional pues no hay evidencia de que el virus se propague fuera de China. No es hasta el 30 de enero que se notifica que el coronavirus es una emergencia global y tardíamente, el 11 de marzo, oficialmente, se declara la pandemia.

Debemos tener presente que la humanidad, en este momento, se enfrenta una enfermedad desconocida y amenazante que puede ser grave y mortal. Los sistemas de salud de las naciones con un sistema sanitario frágil están colapsados o en vías de estarlo. Esta pandemia no se había visto desde la gripe de 1918 que azotó al mundo. El ser humano tiene miedo y las redes sociales muestran datos verdaderos, mezclados con rumores y *fake news*.[3]

II. El diseño y funcionamiento de la Constitución panameña

Es importante, antes de entrar en materia, describir que la República de Panamá, tiene una extensión de 75,420 km, con una población aproximada, para el año 2019, de 4,500,000 millones de habitantes. El territorio está organizado en diez provincias, las que, a su vez, se dividen en distritos y estos, en circunscripciones denominadas corregimientos. Además, el país está compuesto por cinco comarcas indígenas.

Para entender el abordaje realizado la República de Panamá en torno a la pandemia debemos, de manera precedente, hacer un rápido examen acerca de la *anatomía y fisiología* del régimen constitucional panameño.

En este sentido, a grandes rasgos, podemos expresar que la Constitución establece que el gobierno de Panamá "*es unitario, republicano, democrático y representativo*".

[3] *Cfr.* Kamps, Bernd Sebastian y Hoffmann, Christian, *COVID Reference*, www.CovidReference.com, Steinhauser Verlag, Edición 2020~1, Umploaded, April 7, Hamburg.

Así las cosas, tenemos que el Órgano Legislativo es *unicameral* y está conformado por una corporación denominada "Asamblea Nacional" integrada por 71 miembros, que reciben el nombre de diputados, los cuales son elegidos por sufragio popular, en la misma fecha que se vota para el cargo de Presidente de la República: "Artículo 148. Los diputados serán elegidos por un periodo de cinco años, el mismo día en que se celebre la elección ordinaria de Presidente y Vicepresidente de la República".

El Órgano Ejecutivo está compuesto por el Presidente de la República y los Ministros de Estado. El presidente, de conformidad con las atribuciones dispuestas en la Constitución, podrá actuar por sí solo, con la participación del ministro del ramo respectivo o en Consejo de Gabinete en el cual intervienen todos los Ministros de Estado. El Consejo de Gabinete tiene la competencia de decretar el estado de urgencia y suspender determinados derechos fundamentales, como veremos más adelante.

> Artículo 200. Son funciones del Consejo de Gabinete:
> 1…
> 2…
> 3…
> 4…
> 5. Decretar, bajo la responsabilidad colectiva de todos sus miembros, el estado de urgencia y la suspensión de las normas constitucionales pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de esta Constitución.

El Órgano Judicial está constituido, tal como lo establece el artículo 202 de la Constitución, por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la ley establezca.

La Corte Suprema de Justicia integrada por nueve (9) magistrados, ejerce, en materia constitucional, un control *concentrado* de las leyes y actos emanados de los poderes públicos. Es decir, de las leyes formales, los decretos ejecutivos, los decretos con valor de ley, las resoluciones del Consejo de Gabinete, entre otros.

En otras palabras, es un control constitucional centralizado, amplísimo, no especializado que ejerce, de manera exclusiva y excluyente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al decidir, con atributo de cosa juzgada, las pretensiones constitucionales de fondo o forma que se plantean mediante la acción popular de inconstitucionalidad, la objeción de inexequibilidad y las advertencias de inconstitucionalidad. Es una suerte de justicia constitucional de naturaleza ordinaria, pues no existe una Corte o Tribunal Constitucional, como órgano extra poder, en el sentido kelseniano de la expresión.[4]

[4] Actualmente el control de constitucionalidad de las normas y actos jurídicos jurídicas

Por otra parte, la jurisdicción constitucional subjetiva o de protección de los derechos fundamentales y humanos, es una especie de un control constitucional no especializado que se ejerce de manera *jerarquizada, sectorizada y distribuida* por determinados componentes del Poder Judicial, por vía de la acción de amparo de garantías constitucionales (de naturaleza preventiva o reparadora), del *habeas corpus* (reparador, preventivo o correctivo), *habeas data* (propio e impropio) y mediante la acción de tutela del derecho al honor (derecho de rectificación, respuesta o réplica).[5]

Podemos decir que el poder judicial sufrió una parálisis durante la pandemia producto de la nueva situación que implicó la necesidad de suspender los términos[6] por la gravedad de la misma; algunos jueces y funcionarios administrativos se contagiaron con el virus del COVID-19. Desde este contexto fáctico, el control de constitucionalidad objetivo y los mecanismos de protección de los derechos humanos, como el *habeas corpus* el amparo de derechos fundamentales y el *habeas data* funcionaron, por efectos de la pandemia, "*a media máquina*". Debe, no obstante, reconocerse que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia puso especial atención y cuidado en evitar la paralización de la justicia penal.

> Para no interrumpir el servicio de administración de justicia, quedan exceptuados:
>
> 1) Las Oficinas Judiciales, Magistrados y Jueces del Sistema Penal Acusatorio, que continuarán rigiéndose bajo los artículos 2 (segundo párrafo), 12, 127, 142, 143, 144, 145,146, 147, 148, 237 y 240 del Código Procesal Penal.[7]

---

en Panamá, denominada por este autor como justicia constitucional nomofiláctica, es monopolizada por la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, el sistema panameño se asemeja al modelo germano-austriaco de jurisdicción constitucional que implica la derogación de la norma acusada y la centralización de esa importante función en un tribunal especializado ajeno al Poder Judicial. Sin embargo, existen claras diferencias con dicho modelo, pues nuestro ordenamiento no atribuye la justicia constitucional objetiva a un tribunal constitucional especializado, como sucede en Alemania y Austria. Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Ferrer MacGregor, Eduardo, México y la Constitución de 1917: Influencia Extranjera y Trascendencia Internacional.

[5] La justicia constitucional subjetiva u homofiláctica, como este autor la denomina, tiene como finalidad la tutela o defensa de los derechos fundamentales de las personas. *Ibidem.*

[6] Producto de la pandemia del COVID-19, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ordenó la suspensión de términos, desde el lunes 16 de marzo de 2020 hasta el domingo 21 de junio de 2020, mediante el Acuerdo No. 146 de 13 de marzo de 2020, Acuerdo No. 158 de 19 de marzo de 2020, Acuerdo No. 159 de 6 de abril de 2020, Acuerdo No. 160 de 30 de abril de 2020, Acuerdo No. 168 de 14 de mayo de 2020, y Acuerdo No. 186 de 8 de junio de 2020.

[7] Mediante acuerdo N°159 de 6 de abril de 2020, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia prorroga las medidas adoptadas mediante el Acuerdo N° 158 de 19 de marzo de 2020,

Este fenómeno estuvo un poco menos acentuado en el poder legisferante pues a pesar de los contagios de algunos diputados y personal administrativo pudieron trabajar las comisiones y sesionar, aprobándose algunas leyes, aunque objeto de muchas inconformidades y críticas por diversos sectores de la sociedad, como la ley de moratoria bancaria.[8]

El Órgano Ejecutivo, *hiperpresidencialista* y, en la realidad, muy *centralizado* gestionó, con marcadas deficiencias, la pandemia. Faltó una debida articulación y coordinación de las medidas sanitarias, sociales y económicas del gobierno central con los gobiernos locales. Esta apuntada deficiencia trajo como consecuencia que las directrices de salud pública y las repuestas o auxilios a las necesidades económicas y sociales no llegaran o fueran recibidas tardíamente en las regiones.

Tanto la Constitución como la Ley Formal establecen en cada uno de los Distritos, municipios, que constituyen los gobiernos locales. En este sentido, el artículo 1 de la Ley N° 106 de 8 de octubre de 1973, define al municipio como "una organización política *autónoma* de la comunidad establecida en un Distrito. La Organización Municipal será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local". La inexistencia, en la práctica, aunque no en el ordenamiento jurídico,[9] de un esquema fuerte pero coherente de descentralización administrativa municipal, trajo consigo serios problemas.

El artículo 236 de nuestra Constitución que forma parte del título... dice:

> Artículo 236. El Estado complementará la gestión municipal, cuando esta sea insuficiente, en casos de epidemia, grave alteración del orden público u otros motivos de interés general, en la forma que determine la Ley.

---

y se dictan otras disposiciones, toda vez que en estos momentos el país se encuentra en una emergencia sanitaria a raíz de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, provocada por el Coronavirus identificado como COVID-19.

[8] Ley N°156 de 30 de junio de 2020, publicada en Gaceta Oficial N° 29059 de miércoles 01 de julio de 2020.

[9] Artículo 233. Al Municipio, como entidad fundamental de la división político- administrativa del Estado, con gobierno propio, democrático y autónomo, le corresponde prestar los servicios públicos y construir las obras públicas que determine la Ley, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación ciudadana, así como el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asigne a Constitución y Ley.

El Órgano Ejecutivo garantizará el cumplimiento de estos fines, dentro del proceso de descentralización de la competencia y función pública que el Estado panameño promoverá y realizará en base a los principios de autonomía, subsidiaridad, equidad, igualdad, sostenibilidad y eficiencia, y considerando la territorialidad, población y necesidades básicas de las municipalidades.

La Ley establecerá cómo se descentralizará la Administración Pública y el traslado de competencia y la transferencia de recursos para el cumplimiento de esta norma.

En el siguiente punto examinaremos las decisiones tomadas por este.

III. Una cronología de acontecimientos en panamá en tiempos del COVID-19

Una breve descripción de los hechos acerca de la aparición del COVID-19, en nuestro país, pone de manifiesto que el Ministerio de Salud, anuncia que el primer caso de la enfermedad se trató de una mujer de 40 años que ingresó al país, el domingo 8 de marzo, por la terminal aérea de Tocumen, sin ningún control, procedente de Madrid. Por otra parte, la primera muerte por COVID-19, es anunciada el 11 de marzo; se trataba de un adulto de sesenta y cuatro (64) años con comorbilidades y cuyo diagnóstico inicial fue neumonía atípica (por mycoplasma).[10]

En vista de los hechos, mediante Resolución de Gabinete N° 11 de 13 de marzo de 2020,[11] el Consejo de Gabinete procedió a declarar un "Estado de Emergencia Nacional, como consecuencia de los efectos que generaría la enfermedad infecciosa COVID-19, causada por el coronavirus y la inminencia de nuevos daños, producto de las condiciones de esta pandemia". El aludido instrumento jurídico *autorizó la contratación de bienes y servicios mediante procedimiento excepcional de compra directa* y se aprobó una suma total para las contrataciones especiales por cincuenta millones de balboas (B/.50,000,000), en un periodo de 180 días calendario. Además, autorizó a los Ministerios de Gobierno y Seguridad y a otros organismos estatales para aceptar y distribuir las donaciones y contribuciones de organismos internacionales.

La declaración del estado de emergencia nacional fue duramente criticada por los juristas. El reparo guarda relación con la *inexistencia*, en el ordenamiento jurídico panameño de un "*estado de emergencia nacional*"; tal como lo denomina la Resolución de Consejo de Gabinete NÚM. 11 de 13 de marzo de 2020.

El artículo 55 de la Constitución Política, en cambio, se refiere al *estado de urgencia*, cuyos presupuestos son muy distintos a una emergencia sanitaria y *se da únicamente en caso de guerra exterior y de graves perturbaciones que amenacen la*

[10] *https: / /medlineplus.gov/spanish/ency/article/000082.htm.*

La neumonía por micoplasma es causada por la bacteria Mycoplasma pneumoniae (M. pneumoniae). Este tipo de neumonía también se conoce como neumonía atípica debido a que los síntomas son diferentes de los de la neumonía que es causada por otras bacterias comunes.

[11] Publicado en Gaceta Oficial Digital N° 28979-B de viernes 13 de marzo de 2020.

paz y orden público en el cual se pueden suspender nueve (9) derechos fundamentales, con control posterior del órgano legislativo:

> Artículo 55. En caso de guerra exterior o de perturbación interna que amenace la paz y el orden público, se podrá declarar en estado de urgencia toda la República o parte de ella y suspender temporalmente, de modo parcial o total, los efectos de los artículos 21, 22, 23, 26, 27, 29, 37, 38 y 47 de la Constitución.
>
> El Estado de urgencia y la suspensión de los efectos de las normas constitucionales citadas serán declarados por el Órgano Ejecutivo mediante decreto acordado en Consejo de Gabinete. El Órgano Legislativo, por derecho propio o a instancia del Presidente de la República, deberá conocer de la declaratoria del estado referido si el mismo se prolonga por más de diez días y confirmar o revocar, total o parcialmente, las decisiones adoptadas por el Consejo de Gabinete, relacionadas con el estado de urgencia.
>
> Al cesar la causa que haya motivado la declaratoria del estado de urgencia, el Órgano Legislativo, si estuviese reunido, o, si no lo estuviera, el Consejo de Gabinete levantará el estado de urgencia.

Como nos ilustra el jurista Carlos González Ramírez,[12] el propio gobierno reconoce que la Resolución de Consejo de Gabinete mencionada *supra* "han tenido el efecto de suspender garantías fundamentales, tal como se desprende de la comunicación que hiciera la Misión de Panamá ante la Organización de Estados Americanos, en la que indica que notifica dicha suspensión en cumplimiento del artículo 27, numeral 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos".[13]

Es importante manifestar aquí que nuestro ordenamiento jurídico incluyendo la Constitución (artículo 55) y las leyes formales o materiales no contienen reglas claras para la contención y manejo de epidemias, que permita la suspensión de derechos constitucionales. Toda vez el artículo 55 solamente permite la suspensión en dos supuestos *a)* En caso de *guerra exterior* o *b) Perturbación interna que amenace la paz y el orden público*.

---

[12] González Ramírez, Carlos Ernesto, *Consideraciones en torno al marco institucional de Panamá en tiempos de pandemia,* s/p, Panamá, 2020.

[13] Artículo 27. Suspensión de Garantías.

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.

Nuestro maestro, el Dr. César Quintero, en su obra Derecho Constitucional escrita cuando regía la Constitución de 1946, se refiere a la suspensión temporal de algunos derechos y garantías.[14] En la actualidad, luego de decretarse por, el Consejo de Gabinete, el estado de urgencia quedan suspendidos los *siguientes: a)* la libertad corporal (art. 21); *b)* los derechos y las garantías del detenido (art. 22); *c)* la acción de habeas corpus en todas sus modalidades (art. 23); *d)* la inviolabilidad del domicilio (art. 26); *e)* la libertad de tránsito (art. 27); *f)* la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, (art. 29); *g)* la libertad de expresión (art. 37); *h)* el derecho de reunión (art. 38), e *i)* la propiedad privada (art. 47).

Por otra parte, el Código Sanitario panameño se dictó en el año 1947, recién finalizada la Segunda Guerra Mundial y sus regulaciones y disposiciones han sido, desde hace mucho tiempo superadas por la realidad. Las disposiciones que regulan la emergencia sanitaria pueden encontrarse en los artículos 85 numerales 9 y 10 y en las disposiciones 137 y 138 de dicha excerta.[15]

---

[14] No obstante, todas las Constituciones contienen una cláusula que permite a la autoridad civil suspender temporalmente algunos de los derechos y garantías por las mismas Cartas consagrados. La facultad de decretar la suspensión de ciertos derechos y garantías constitucionales puede ser ejercida por la aludida autoridad cuando la misma ha reconocido y declarado la existencia de un estado de sitio. Procede, por tanto, tratar de aclarar el sentido de esta expresión tan usada como indefinida.

1. El estado de sitio. El término sitio —no en su sentido de lugar o paraje, sino en relación con el verbo sitiar— significa cerco militar que se pone a una plaza, fuerte o a otro objetivo bélico. Se dice que una ciudad o un lugar están sitiados cuando se hallan rodeados por fuerzas militares hostiles a las fuerzas o autoridades que permanecen en dicha ciudad o lugar.

Ahora bien, si las fuerzas sitiadoras pertenecen a otro Estado, se está en presencia de una guerra exterior o internacional y, concretamente, de una agresión o de una invasión, causadas por dicha guerra. En cambio, si son nacionales del mismo Estado, levantados en armas, se trata de una sublevación, o de una rebelión o de una revolución armada, o sea, de una guerra interior, civil o intestina.

[15] Artículo 85. Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden sanitario nacional:

9) Ordenar el aislamiento, cuarentena, observación y vigilancia de toda persona, aunque estuviere en aparente buen estado de salud, cuando la ausencia de la medida constituya daño real o potencial para la salud de la colectividad. Tales medidas solo podrán practicarse por el mínimo de días necesarios para cada caso y se evitará adoptarlas cuando no sean de reconocida eficacia; …

10) Adoptar las medidas de emergencia que sean imprescindibles e impostergables en caso de epidemia u otras calamidades públicas. En estos casos la autoridad sanitaria, o su representante local, asumirá de hecho la dirección de los trabajos conducentes a la protección de los asociados, y deberá rendir al Ejecutivo, dentro de los cinco días siguientes, informe detallado de las actividades desarrolladas. El ministerio del ramo determinará el régimen

Así las cosas, el aparato estatal reaccionó, frente al COVID-19, mediante la expedición de drásticas regulaciones de orden sanitario, de seguridad pública que implican el control de la movilidad personal (toque de queda,[16] con salidas limitadas por día, sexo y horario para la compra de productos de primera necesidad), cierre temporal para todos los establecimientos comerciales y empresariales,[17] migratorias,[18] la prohibición de reuniones públicas, privadas, limitaciones laborales,[19] establecimiento de ley seca[20] y hasta se ha afectado, sensiblemente, el ejercicio de profesiones liberales, como la abogacía, entre otras.

Nuevamente, Carlos Ernesto González Ramírez, hace un planteamiento interesante al expresar que al establecerse salidas por género (masculino

---

que deberá adoptarse posteriormente. La autoridad sanitaria podrá contratar el personal transitorio que se necesite para hacer frente a la situación;

Artículo 137. Los enfermos, portadores y contactos de enfermedades transmisibles, podrán ser sometidos a aislamiento, cuarentena, observación o vigilancia, por el tiempo y en la forma que determine la autoridad sanitaria; la cual podrá proceder, además, según el caso a la desinfección concurrente o terminal, desinsectación, desinsectación, desratización, fumigación, etc., de los locales u objetos que tengan relación con el enfermo. Iguales medidas podrán aplicarse cuando sean practicables a otros locales de uso público o privado, sobre todo en caso de epidemia.

Artículo 138. En caso de epidemia amago de ella, el Órgano Ejecutivo, a, petición del Director General de Salud Pública, podrá declarar como zona epidémica sujeta a control sanitario cualquier porción del territorio nacional y determinará las medidas extraordinarias que autorice para extinguir o evitar la propagación del peligro. Salvo declaración contraria, estas medidas caducarán automáticamente treinta (30) días después de presentado el último caso epidémico de la enfermedad.

[16] Decreto Ejecutivo #490 del 17 de marzo de 2020, que declara toque de queda en la República de Panamá y dicta otras disposiciones (MINSA).

[17] Decreto Ejecutivo #500 del 19 de marzo de 2020, que aprueba medidas adicionales, para reducir, mitigar y controlar la propagación de la pandemia por la enfermedad coronavirus COVID-19 en el país (MINSA), Decreto Ejecutivo #541 del 21 de abril de 2020, que adopta nuevas medidas sanitarias para reducir, mitigar y controlar la propagación de la pandemia por la enfermedad coronavirus COVID-19 en el país (MINSA).

[18] Decreto Ejecutivo #241 del 14 de marzo de 2020, que suspende temporalmente los vuelos provenientes de Europa y Asia, así como hacia esos destinos (MINGOB). Decreto Ejecutivo #217 del 16 de marzo de 2020, que dicta medidas temporales de control migratorio en la República de Panamá, para personas nacionales y extranjeras (MINSEG).

[19] Decreto Ejecutivo #71 del 13 de marzo de 2020, que reglamenta temporalmente el artículo 189 del Código de Trabajo (MITRADEL). Decreto Ejecutivo #78 del 16 de marzo de 2020, que establece medidas de carácter laboral para evitar el contagio del COVID-19 en las empresas del país (MITRADEL). Decreto Ejecutivo #378 del 17 de marzo de 2020, que establece medidas para evitar el contagio del COVID-19 en la Administración Pública.

[20] Decreto Ejecutivo #507 de 24 de marzo de 2020, Que amplía el toque de queda decretado mediante el Decreto ejecutivo #490 de 17 de marzo de 2020 y dicta otras disposiciones (MINSA).

/ femenino), los varones tienen menos días para transitar que las mujeres, lo que hace a la norma discriminatoria. Adicionalmente, aunque formalmente Decreto Ejecutivo Nº 490 del 17 de marzo de 2020, que declara el toque de queda en la República de Panamá y dicta otras disposiciones, no contemple los transexuales, al no aclarar cómo se aplica ese decreto a la referida población, los agentes de policías los han discriminado *de facto*.

Explica que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos es clara en que no se pueden limitar los derechos humanos absolutos o inviolables y cita, como ejemplo, que al prohibir el consumo de bebidas alcohólicas, incluso en la propia vivienda, el Estado invade la esfera íntima del individuo por lo que considera que pudiera estarse ante una conculcación de estos derechos humanos.[21]

Se han dictado gran cantidad de regulaciones normativas para mitigar la pandemia expedidas bajo la fórmula de Resoluciones del Consejo de Gabinete y Decretos Ejecutivos. Incluso hemos visto una serie de *comunicados o avisos*, carentes de formalidad jurídica que, de hecho, constituyen una *nueva receta panameña para expresar la voluntad de la administración*. Una suerte de *actos administrativos ilegítimos*, sin firma que, en la mayoría de los casos, salen a conocimiento público anticipadamente al dictado de una norma jurídica que les otorgue validez, por lo menos comunicativa.

En Latinoamérica, la República de Panamá se encuentra entre los países mayormente afectados por el COVID-19; asimismo se señalan en este grupo: a Brasil, México, Perú, Ecuador, Colombia y República Dominicana.[22]

Un importante diario nacional informó, para la fecha del 11 de julio de 2020, el aumento dramático de las cifras de la pandemia:

> Panamá reportó 1,040 nuevos casos positivos de COVID-19, para un total de acumulado de 43,257. El Ministerio de Salud detalló que a la fecha se aplicaron 3,064 pruebas, para un porcentaje de positividad de 34% y se han registrado 24 muertes en las últimas 24 horas, que suman 863 acumuladas, con una letalidad del 1.99%. Los casos activos a la fecha se mantienen en 20,968 y se contabilizan 21,426 pacientes recuperados. En aislamiento domiciliario se reportan 19,849 personas, de las cuales 19,193 se encuentran en casa y 656 en hoteles-hospitales. Los hospitalizados suman 1,119. De ellos, 959 en sala y 160 en unidades de cuidados intensivos.[23]

---

[21] Gonzàlez Ramìrez, Carlos Ernesto, Consideraciones en torno al marco institucional de Panamá en tiempos de pandemia, s/p, Panamá, 2020.

[22] *https://es.statista.com/estadisticas/1105121/numero-casos-covid-19-america-latina-caribe-pais/*.

[23] *https://www.laestrella.com.pa/nacional/200710/panama-reporta-1-040-nuevos-casos-covid-19-24-muertes*.

Debemos mencionar que el manejo de la pandemia trajo consigo el desgaste de la confianza y de la credibilidad del gobierno. Por ejemplo, en Panamá a medida que el virus se propague, los desafíos para una adecuada gobernanza serán aún más dramáticos. La emergencia sanitaria colisionará con la falta de capacidad del gobierno, con el alcance muy limitado de las instituciones públicas para aliviar las necesidades de la mayoría de los sectores de la población lo que ocasionará poca confianza de los ciudadanos en el Estado.

El distanciamiento social será difícil de observar en los barrios pobres, especialmente si los residentes dependen del trabajo informal para sobrevivir. Al mismo tiempo, el gobierno tendrá serias dificultades para hacer llegar a la población los recursos necesarios para mitigar los efectos de la recesión económica. Serán esenciales los sólidos esfuerzos de asistencia internacional, pero una capacidad de implementación insuficiente puede dificultar su eficacia. En países que ya están sufriendo conflictos o inestabilidad prolongada, las presiones de la pandemia y la cascada resultante de fallas de gobernanza podrían conducir a un colapso estatal al menos parcial.

Es probable que las respuestas del gobierno a la pandemia generen sospechas de la corrupción. La crisis incrementa rápidamente necesidades médicas y los suministros escasos en Panamá inevitablemente presentaron oportunidades para el aumento de precios.

Los posibles actos de corrupción socavan la efectividad de las respuestas de salud pública, particularmente si se desvían recursos valiosos de áreas de alta necesidad o si se niega tratamiento a los ciudadanos.

Como explica el profesor argentino, Néstor Pedro Sagüés, la problemática del Derecho de Emergencia no es un tema exclusivamente académico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del Estado de Derecho:

> *El derecho de emergencia como opción constitucional actúa cuando los* poderes públicos, en razón de la emergencia, adoptan normas y medidas que no serían constitucionales en circunstancias ordinarias.
>
> *La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una especie de derecho consuetudinario constitucional regulatorio de la emergencia como opción constitucional, en base a cuatro recaudos claves: realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legitimidad —razonabilidad— del mismo, y sometimiento a la Constitución. Para esto último, exige que no haya frustración, sino solo suspensión de los derechos constitucionales en juego, durante la emergencia.*[24] *(Las cursivas son nuestras).*

[24] Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Colección Constitución y Democracia, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 95 y 96.

Para culminar este punto debemos agregar que la realidad de la pandemia del COVID-19, nos impone seguir las reglas sanitarias para la mitigación del virus con la finalidad y la esperanza de que nuestras vidas vuelvan a un estado de "normalidad".

Compartimos con el profesor Maximiliano Toricelli, el pensamiento de que los objetivos de la cuarentena pueden y deben cumplirse desde el paradigma de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual funcionen los órganos o poderes legislativo y judicial.[25] Es, sin duda, el momento de pensar en *la compatibilización* de la emergencia sanitaria con los principios del Derecho Constitucional y Convencional: dignidad humana, legalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad, entre otros; aún ante situaciones límite como las que hoy padecen los individuos para el ejercicio de sus derechos y libertades como la vida, la salud, la movilización personal, el trabajo, el ejercicio de las profesiones liberales, (la abogacía, entre otras), el derecho al comercio, etcétera.

IV. El reto actual de los constitucionalistas panameños y su rol post pandemia

La nueva pandemia de coronavirus no solo está causando destrucción en la salud pública y la economía global, sino que está alterando la democracia y la gobernanza en la mayoría de las naciones, incluyendo, desde luego a Panamá. El COVID-19 ha aumentado significativamente el riesgo de afectar la democracia e imponer el autoritarismo y la arbitrariedad.[26]

De lo expuesto en esta investigación se percibe que la dramática aparición y la vertiginosa propagación global del COVID-19 ha generado, en la mayoría de los Estados, la idea de que una de las "rutas" o "claves" para contener y combatir la pandemia del COVID-19 consiste en "*desactivar la Constitución*" y esto se percibe en nuestro país.

Es decir, percibimos un *renovado autoritarismo* que ve en el Derecho Constitucional y en las instituciones democráticas un estorbo durante este episodio mundial.

Los constitucionalistas debemos actuar como sujetos operadores del cambio social, orientando y coadyuvando con el Estado para lograr *conciliar*

---

[25] Toricelli, Maximiliano, La pandemia y el derecho constitucional en Argentina, publicado en la revista electrónica, *http://www.ladefensa.com.ar,* Buenos Aires 2020, p. 10.

[26] Brown, Frances Z. *et al., ¿Cómo el coronavirus va a remodelar la democracia y la gobernanza a nivel global? https//carnegieedowment.org/2020*

las medidas de la emergencia sanitaria con el respeto de los derechos humanos y la democracia. Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de jueves 9 de abril de 2020 titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: *Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales*":

> Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos. Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los *principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución* de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. (El destacado es nuestro).

Una vez superada la pandemia podemos prever que el papel del constitucionalista puede ser mucho más arduo. Nos tocaría en la República de Panamá, por ejemplo, restaurar, replantear y rediseñar nuestras instituciones democráticas, la efectividad y tutela de nuestros derechos humanos; esperamos, con optimismo, poder contribuir con reformas o cambios constitucionales al respecto.

A manera de colofón, nos parece importantísimo hacer referencia a lo que destaca el maestro Diego Valadés, respecto a la constitucionalización del *derecho a la verdad* que sería otro significativo aporte de la doctrina mexicana:

> No se debe confundir el derecho de acceso a la información, que forma parte de muchos sistemas jurídicos, con el derecho a la verdad. El primero se agota con el conocimiento de lo que consta en los repositorios oficiales, *en tanto que el segundo atañe a la autenticidad de la palabra de quienes ocupan cargos de alta jerarquía política y administrativa.*
>
> ...Al establecer en la Constitución el derecho a la verdad se elevaría el nivel de la confianza social y se mostraría que aquí no hay nada que ocultar. Todo, para bien de la democracia.[27]

[27] *https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/derecho-a-la-verdad-2020-05-20/op180424?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783b65743a--.*

Valadés, en reciente conferencia, también se ha referido al *derecho a la verdad* y al principio *de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española:

> La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Esta línea de pensamiento es una clara manifestación de la ampliación y progresividad de los derechos humanos, posición con la cual concordamos.

Debemos tener presente que en la actualidad estamos frente a una situación dramática global, sin precedentes recientes, como es la pandemia del nuevo coronavirus SARS-Cov-2, en la cual los derechos humanos pueden verse gravemente afectados por la arbitrariedad y negligencia del Estado en la protección de la vida y salud con la menor afectación del núcleo duro de otros derechos fundamentales. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, concibe el llamado derecho a la verdad, de forma más restringida; obviamente el planteamiento es sugestivo ante una situación nueva y de difícil predictibilidad.[28]

En esa dirección, la falta de transparencia, la ausencia de una oportuna y adecuada de rendición de cuentas, como ya adelantamos, debilita la confianza del ciudadano hacia las autoridades. La actuación oscura, dudosa de la administración pública, concretamente de quienes han sido elegidos mediante el sufragio, deslegitima su representación democrática. El profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, sostiene:

> ...debe subrayarse que la representación política, entendida como relación representativa en la esfera existencial del derecho constitucional, se fundamen-

[28] El derecho a la verdad, la Corte Interamericana de Justicia lo plantea respecto a dos dimensiones claramente establecidas: la primera, de carácter convencional con base en los convenios de Ginebra y las convenciones relativas a las desapariciones forzadas, tiene que ver con los familiares de las víctimas a conocer la suerte y el paradero de sus familiares. La segunda dimensión es la de la que se refiere al derecho que tiene la sociedad para conocer las causas, modos y consecuencias de los conflictos que generan graves violaciones de derechos humanos. Es un privilegio que surge de la lucha contra la impunidad, tiene el valor de costumbre internacional en virtud de la aceptación de sus rasgos generales y también de la práctica reiterada y uniforme que se ha dado en materia de comisiones de la verdad en el mundo. Este derecho implica, para su satisfacción, un deber a cargo del Estado consistente en construir modelos de comisiones de verdad para lograr la investigación de los hechos y la difusión de los resultados.

> ta no solo en los comicios en que fue ungido el representante, sino también en la voluntad continuada de los representados de reconocerlo como representante suyo. Cuando tal adhesión o reconocimiento disminuye sensiblemente o falta, el representante padece de anemia representativa y corre el riesgo de disminuir o perder fácticamente su rango.[29]

Lamentablemente, durante esta pandemia han ocurrido eventos que han plantado la incertidumbre ciudadana ante algunas conductas oficiales. Por ejemplo, la suspensión de las conferencias de prensa, en momentos tan importantes con el desescalamiento de la cuarentena o "lockdown"; el desconocimiento de las razones de destitución de importantes funcionarios públicos, la falta de claridad en algunas adquisiciones de obras, bienes y servicios, entre otros.

V. Bibliografía

Ayala Corao, Carlos, *Los retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho*, s/p, Washington College of Law, 26 de abril de 2020.

Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *México y la Constitución de 1917: Influencia Extranjera y Trascendencia Internacional.*

KAMPS, Bernd Sebastian y Hoffmann, Christian, *Covid Reference, www.CovidReference.com,* Steinhauser Verlag, Edición 2020~1, Umploaded, April 7, Hamburg.

Quintero, César, *Derecho Constitucional,* San José, Lehman, 1967, t. 1.

Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

Toricelli, Maximiliano, *La pandemia y el derecho constitucional en Argentina,* Buenos Aires, 2020, disponible en: *http://www.ladefensa.com.ar*.

Valadés, Diego, "Reflexiones constitucionales a propósito del COVID-19" en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia Sanitaria por COVID-19, Reflexiones desde el Derecho* (II), México, UNAM, 2020.

[29] *https://www.lanacion.com.ar/416737-representantes-y-representatividad*

COVID-19, DERECHOS E INSTITUCIONES EN ARGENTINA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

Daniel Alberto SABSAY
Adelina LOIANNO

SUMARIO: I. *El impacto de la emergencia sobre la vida institucional del país.* II. *El marco convencional de las situaciones de emergencia.* III. *Los derechos no son absolutos.* IV. *Conclusiones: los efectos no queridos.* V. *Bibliografía.*

I. EL IMPACTO DE LA EMERGENCIA SOBRE LA VIDA INSTITUCIONAL DEL PAÍS

Súbitamente el mundo se ha visto afectado por una pandemia producto de la aparición de un nuevo virus el COVID-19. Su desconocimiento y por ende la inexistencia de vacuna para hacerle frente a lo que se agrega la velocidad de su expansión —en pocos meses casi la totalidad de los países han sufrido las consecuencias de la infección— llevaron a la necesidad de imponer el confinamiento de miles de millones de personas. Frente a esta situación extrema resultó necesaria la toma de decisiones urgentes capaces de enfrentarla. Se trató de impedir que de golpe un número importante de personas contrajeran la enfermedad y en consecuencia de evitar que las capacidades hospitalarias colapsaran. De ahí la necesidad de conseguir un "amesetamiento" (neologismo que surgió al calor de la crisis), del número de contagiados con el objetivo de fortalecer la estructura sanitaria susceptible de hacer frente a la situación e ir logrando la atención paulatina de los enfermos. Fue el argumento central para limitar sustancialmente el derecho a circular. Una medida tan drástica produce serias consecuencias en el mundo del trabajo, de la empresa, en suma de la economía en general, dado que solo se permite el funcionamiento de las actividades más esenciales. Así las cosas, los gobiernos —entre ellos, el nuestro— se vieron obligados a enfrentar un serio dilema

consistente en decidir si se le debía dar prioridad a la salud o a la economía. Apostar a favor de la salud aparece prima facie la respuesta más adecuada; sin embargo, la cuarentena provoca rápidamente consecuencias gravísimas en los planos económico y social. Cierre de pequeñas y medianas empresas, desempleo masivo, parálisis de los sectores más dinámicos, como son el turismo, la construcción, la gastronomía, entre muchos otros, disminución drástica de la recaudación impositiva. Se plantean problemas no solo para el presente sino también para el futuro. Hoy, intelectuales, empresarios, educadores, periodistas, políticos consideran que lo ocurrido importará una suerte de línea divisoria entre eras etapas diferentes de la historia de la humanidad.

Otra vez resulta necesario observar el concepto y el alcance de la emergencia que como fenómeno de la realidad invade la esfera jurídica, en particular la del derecho constitucional. La emergencia modifica las instituciones, pone en suspenso partes de la constitución. Pero esto no puede ser un vale todo, no puede penetrar abusivamente en la esfera de los derechos, tampoco dejar a las personas indefensas frente a posibles abusos. Los poderes del Estado deben funcionar y si bien las fuerzas centrípetas generan un fortalecimiento del Ejecutivo, ello no debe adormecer ni al Legislativo, ni a la Justicia.

Rápidamente estos últimos deben retomar su actividad e impedir que se esfumen los *checks and balances.* Cuáles deben ser las respuestas según que los países tengan una estructura centralizada o descentralizada. Cuáles son los límites a la autoridad en la emergencia en materia de derechos humanos. Estas son las cuestiones que nos proponemos desarrollar a continuación a partir de la observación de lo ocurrido en mi país, Argentina.

La noción de emergencia ha servido a los gobernantes tanto argentinos como de muchos otros países de América Latina, como justificativo para saltar el marco constitucional y tomar medidas que superen el ámbito de sus respectivas competencias. Los golpes de Estado según sus protagonistas han sido realizados para superar circunstancias excepcionales, esto es emergencias. Pero no solo la discontinuidad constitucional ha ido de la mano de estos argumentos. También en tiempos normales se la ha invocado para tomar medidas que han quebrantado numerosos derechos. La emergencia económica ha sido una de las especies más recurrentes y que con mayor severidad ha afectado libertades y derechos.

Consideramos situación de emergencia a aquella circunstancia absolutamente excepcional y súbita que se interpone al normal desarrollo de las instituciones, y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de derecho público contenidas en la Ley Fundamental.

Esta rápida conceptualización de la noción jurídica de emergencia destaca sus elementos fundamentales. Son ellos, la excepcionalidad, la transitoriedad, la necesidad de impedir males mayores en resguardo del interés general de la comunidad, el acaecimiento de una situación imprevisible que se impone a la voluntad de los protagonistas, quienes no la han provocado en modo alguno. No dudamos en afirmar que la emergencia sanitaria presenta estas características a diferencia de la gran mayoría de las que sucedieron en el pasado.

1. *Los efectos en las instituciones constitucionales en Argentina*

Al derecho se le plantea un serio desafío, cómo asir aquello que desborda las márgenes del Estado de Derecho y requiere de un tratamiento excepcional. Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado desde antiguo sobre el particular. Así en "Alem"[1] ejerciendo el control de lo acaecido en el marco del estado de sitio sostuvo, que este no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que se declara para preservar y asegurar la Ley Suprema y sus autoridades. "La Constitución fue diseñada para regir tanto en tiempos de paz, como de guerra" expresa al Corte en "Compañía Azucarera Tucumana".[2] Por último en "San Luis"[3] manifestó que "cuando hablamos de las libertades también debemos estar alertas cuando se alteran los roles institucionales, por cuanto a mayores restricciones, mayores deben ser los controles"

El problema de las emergencias tiene un alcance global y ha merecido especial tratamiento por las Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico Social y de su Comisión de Derechos Humanos, que desde hace más de 3 décadas comenzó el estudio y seguimiento de su impacto en los estados de derecho y en los derechos humanos. El Relator Especial, Leandro Despouy, sostuvo en las Conclusiones y Recomendaciones de su 10o. Informe, que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla.[4]

---

[1] CSJN, Fallos 54:432

[2] CSJN, Fallos 150:150

[3] CSJN, Fallos: 326:417

[4] Hernández, Antonio María, "Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina" La Ley Online; AR/DOC/1352/2020

Antonio María Hernández recuerda que la Asociación Internacional de Derecho Constitucional organizó junto a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional una Mesa Redonda sobre "Constitucionalismo en tiempos de emergencia". El primer panel consideró el siguiente tema: "Schmitt *vs.* Dicey: ¿Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico?" y fue su objetivo promover el debate sobre los aspectos jurídico-filosóficos de los estados de emergencia.

David Dyzenhaus[5] sostuvo que frente al pensamiento de Schmitt enunciado en su obra "Political Theology", que se sintetiza en que no hay norma aplicable al caos y que es soberano el que decide en última instancia sobre la excepción[6]... fijó su posición a favor del rule of law substantivo en todo momento, incluso en las emergencias, mediante un accionar de cooperación de los 3 poderes del Estado, para que los funcionarios intervinientes actúen bajo los principios del orden legal. Esta respuesta de las democracias constitucionales y liberales a las emergencias requiere siempre la participación del Poder Legislativo, aunque tenga mayores poderes el Ejecutivo y con el debido control por parte del Poder Judicial, para la defensa de los derechos individuales".

Luego expresa que quien escribe, al comentar el trabajo anterior consideró: "… que el aporte de Dyzenhaus adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países desarrollados y en los que se encuentran en vías de desarrollo. En estos últimos las instituciones de emergencia se convierten muchas veces en recursos permanentes de los gobernantes, sobre todo de los titulares de ejecutivos presidencialistas. En los primeros se trata de momentos excepcionales de su vida institucional. El mensaje que queda para quienes habitamos donde lo extraordinario se transforma en ordinario con inusitada y recurrente facilidad, consiste en descubrir que donde esto no ocurre, de todos modos, se cuestiona seriamente el fenómeno. Asimismo, se busca el modo de limitar sus consecuencias y de acentuar los controles. Todas lecciones que deben ser tomadas seriamente en cuenta, ya que de lo contrario desaparece la misma razón del ser del Estado de Derecho para dar cabida a la razón de Estado".[7]

---

[5] Profesor de la Universidad de Toronto, Canadá, autor del artículo "Schmitt v. Dicey: are States of emergency inside or outside the legal order?, *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, *cit.*, ps. 93/133.

[6] Schmitt, Carl, "Political Theology": Four chapters on the concept of sovereignty", MIT, Cambridge, Massachussets, 1988.

[7] Sabsay Daniel, "Constitucionalismo en tiempos de emergencia" comentario sobre el aporte de David Dyzenhaus, Asociación Argentina de Derechos constitucional, Buenos Aires, 2004.

En nuestro país, la emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de su accidentada vida institucional. Así, de manera transversal y desde muy larga data prácticamente las instituciones de fuente constitucional se han visto afectadas toda vez que la autoridad ha recurrido a ella para modificar el marco constitucional vigente. Lo preocupante para el Estado de Derecho es que se produce su debilitamiento cada vez que se la invoca, en tanto ello importa la imposición de fuertes restricciones a los derechos consagrados en la Constitución en aras de hacer frente a esa situación de carácter extraordinario. La noción de emergencia ha servido a los gobernantes tanto argentinos como de muchos otros países de América Latina como justificativo para saltar el marco constitucional y tomar medidas que superen el ámbito de sus respectivas competencias. Los golpes de Estado según sus protagonistas han sido realizados para superar circunstancias excepcionales, esto es emergencias. Pero no solo la discontinuidad constitucional ha ido de la mano de estos argumentos. También en tiempos normales se la ha invocado para tomar medidas que han quebrantado numerosos derechos. La emergencia económica ha sido una de las especies más recurrentes y que con mayor severidad ha afectado libertades y derechos.

Sin embargo, resulta sorprendente la recurrencia del fenómeno en nuestra realidad, que aparece como sustento de toda clase de apartamiento de las reglas constitucionales, a punto tal que se encontrarían en pugna dos constituciones, una para tiempos normales y otra para las emergencias. A esta situación han contribuido múltiples factores entre los que se destacan los siguientes:

- Una cultura, en particular de parte de los gobernantes, muy poco afecta al sometimiento a los dictados del principio de imperio de la ley.
- El sobredimensionamiento del orden y de la eficacia, y la afirmación de la necesidad de apartarse de las formalidades contempladas en la Constitución y en las leyes para lograr aquellos objetivos.
- La pugna constante entre legitimidad de jure y legitimidad *de facto* como fuentes para el ejercicio de la autoridad de los gobernantes.
- La falta de efectiva vigencia en el tiempo del principio de separación de poderes en la historia constitucional argentina.

Frente a este estado de cosas, poco a poco se han ido erosionando muchos de los elementos del Estado de Derecho y han fracasado los controles constitucionales y legales previstos en el ordenamiento para evitar este tipo de desviaciones. De este modo, se contribuye al debilitamiento del sistema democrático en su conjunto y al aumento del descreimiento de los ciuda-

danos en las bondades de un sistema que proclama la plena vigencia de las nociones de poder limitado y del reconocimiento de los derechos humanos.[8]

Las situaciones de emergencia que históricamente tuvieron recepción en el texto constitucional son aquellas de origen político, que se derivan de conflictos internacionales o de graves disturbios internos que afectan el desenvolvimiento normal de las instituciones. En el texto originario de la constitución sancionada en 1853, los mecanismos diseñados por el constituyente para dar respuesta a estos acontecimientos son el estado de sitio y la intervención federal, según se trate de las situaciones previstas en el artículo 23[9] o en el artículo 6[10] de la norma fundamental.

Con la reforma constitucional de 1994 se aceptaron dos nuevos tipos de emergencia: *a)* La delegación legislativa por causa de emergencia pública, regulada en el artículo 76,[11] y *b)* Los decretos de necesidad y urgencia, regulados en el artículo 99, inciso 3º[12] de la ley suprema. Estos institutos ya formaban parte de la Constitución material, a raíz de una tendencia cada vez mayor de nuestros gobernantes de invocar la emergencia para ejercer el poder. Esta fue, precisamente, la razón que llevó al constituyente de reforma a

---

[8] Sabsay, Daniel A., *La Argentina Estructural: Justicia*, Buenos Aires, EDICON-Consejo Profesional de Ciencias Económicas, 2016.

[9] "Artículo 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".

[10] "Artículo 6. El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

[11] "Artículo 76 Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

[12] "Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:...

3. 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 el 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 consideraran las Cámaras...".

reglar su ejercicio en el texto constitucional, mediante el diseño de controles que permitieran encauzar su utilización dentro de los límites impuestos por el Estado de Derecho. Sin embargo, hasta el presente no se ha conseguido cumplir con este objetivo.

Ante la amenaza creciente de la pandemia, en territorio argentino se imponía la toma urgente de decisiones a efectos de establecer medidas de prevención que impidieran la expansión desmedida del virus y por ende el crecimiento de los infectados. Así las cosas, en el seno del ejecutivo se barajaron dos medidas posibles, la declaración del estado de sitio que requiere de una ley del Congreso o el dictado de un decreto de necesidad de urgencia. Un sector de la doctrina consideró que el instrumento adecuado era el estado de sitio que es un instituto de emergencia que regula la constitución para permitir la defensa de las instituciones democráticas frente a situaciones extraordinarias y transitorias de carácter político. La Corte Suprema de Justicia de la Nación definió en un antiguo fallo este remedio "como un arma de defensa extraordinaria puesta en manos de los poderes políticos de la Nación, para que, en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenacen tanto a la Constitución como a las autoridades que ella crea".[13]

Consideramos junto a una buena parte de opinión constitucional que el remedio no tenía que ver con las circunstancias a las que se debía hacer frente ya que no estaban en juego las circunstancia ni los objetivos que contempla el artículo 23 de la Constitución. Por ello la decisión del Presidente de dictar un decreto de necesidad y urgencia (DNU) nos pareció acertada. No solo a través del estado de sitio se pueden establecer restricciones a la libertad de circulación también lo puede hacer una ley dentro de los limites que contemplan la Constitución y en Tratados Internacionales. Un DNU ajustado a la Ley Fundamental tiene el mismo valor que una ley, siempre que luego sea convalidado por el Congreso. Estimamos que por primera vez las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 99, inciso 3° transcripto, se encontraron reunidas. Se requería una decisión inmediata para cuyo dictado el Congreso, a pesar de la materia, no podía reunirse y deliberar con la celeridad necesaria para hacer frente a la emergencia. Se trataba de evitar un verdadero desastre y había que hacerlo con la mayor velocidad para enfrentar eficazmente la situación. Así que las cosas, el 12 de marzo pasado el Presidente Alberto Fernández dicta el DNU N° 260/220[14]

[13] Caso "Alem" (CSJN, Fallos: 54:432).

[14] La cuarentena al agotarse el plazo fue prorrogada por otro decreto hasta el 26 de abril y ampliada en dos ocasiones más hasta el 28 de junio.

que establece fundamentalmente una cuarentena que debía extenderse por catorce días y faculta al ministro de salud como autoridad sanitaria para la toma de decisiones en las áreas que precisa el art. 1°. La medida principal fue la determinación del aislamiento obligatorio y de las acciones preventivas que debían llevarse a cabo por el término mencionado.

La decisión fue comunicada en el marco que creemos más propicio, conjuntamente con la oposición. Así el Presidente lo hace rodeado de dos gobernadores del partido oficial y dos de la oposición. De este modo se transmitió una imagen de unión nacional por demás oportuna en función de la importancia de las medidas a tomar y de la percepción de concordia y aquiescencia de las principales fuerzas políticas lo que facilitaría enormemente el acatamiento de las medidas de parte de la población. Luego tuvo lugar una conferencia de prensa de la que participaron periodistas de los más diversos medios. Algo que no había ocurrido con anterioridad durante las administraciones Kirchner (2003/2025).

Esas señales permitieron que la imagen positiva del Presidente creciera significativamente. A partir de allí hemos asistido a una evolución que en muchos aspectos genera gran inquietud para quienes nos preocupa un eventual debilitamiento del Estado de Derecho. Al primer DNU le han seguido más de cincuenta en áreas muy diversas no siempre vinculadas con la pandemia. Esta escalada en el ejercicio de potestades legislativas por parte del Presidente no tiene antecedentes desde 1983, año del retorno a la democracia. En gran medida se debe a la parálisis del Congreso de la Nación que se ha visto acompañada por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de declarar la feria del Poder Judicial primero hasta el 26 de abril y luego prorrogarla a continuación de cada prórroga de la pandemia por parte del Presidente. Cabe observar que a través de este comportamiento el poder judicial pareciera someterse a la voluntad del ejecutivo, cuando este en ningún decreto lo menciona, ya que de hacerlo se estaría inmiscuyendo en los asuntos de otro poder. La feria lleva a que solo unos pocos jueces en algunos juzgados permanecen en funciones y solo entienden en casos de suma gravedad. De modo tal que el país gobernado desde hace varios meses por una sola persona. Estamos entrando en una etapa de "hiperpresidencialismo" pocas veces visto en nuestro pasado. La ausencia de controles, la falta de deliberación en la toma de decisiones no pueden perpetuarse bajo la excusa de la necesidad de hacer frente a la emergencia.

Entre los numerosos decretos que se han ido acumulando haremos referencia sucintamente a tres de ellos ya que consideramos que constituyen una prueba indudable del aprovechamiento que está haciendo el Ejecutivo

para fortalecer sus prerrogativas de modo desmedido irrumpiendo en áreas que no le son propias e imponiendo restricciones irrazonables a numerosos derechos utilizando a la emergencia como pretexto para ello. A continuación nos ocupamos de ellos orden a las fechas en que fueron dictados.

El DNU 320/2020 suspendió los despidos por sesenta días que luego fueron prorrogados cada vez que se extendió el aislamiento social obligatorio. De resultas de ello se modifica la Ley de Contrato de Trabajo y más allá de la finalidad de solidaridad social que lo inspira no se ha tenido en cuenta la situación ruinosa de muchísimas empresas, en particular pequeñas y medianas, de resultas de la imposibilidad de producir decretada por el Estado. Una medida tan extrema rompe el equilibrio en la relación laboral y ha provocado el quebranto de muchas sociedades con la secuela de desempleo que ello ha generado. La aplicación en algunos casos judiciales nos ha parecido excesiva por ejemplo la declaración de nulidad de un despido cursado durante el periodo de prueba que ordena a la demandada a la reincorporación del empleado en las mismas condiciones en las que se hallaba antes de ser despedido, debiendo abonar los salarios caídos desde la fecha del distracto. Se establece que la presente medida durará 60 días o el plazo mayor que dure la situación de emergencia prevista en el DNU 329/2020. Es decir que va más allá que la ley de fondo que permite los despidos durante el periodo de prueba sin derecho a indemnización alguna.[15]

El DNU 457/2020, en sus arts. 4 y 5, pone a disposición del Jefe de Gabinete 498 mil millones de pesos. El Poder Ejecutivo aumentó en casi 500.000 millones de pesos el gasto público y decidió eliminar por este año el tope del 5% que establecía el artículo 37 de la ley de administración financiera para reasignar las partidas del presupuesto. Como consecuencia de ello el jefe de Gabinete, Santiago Cafiero, podrá manejar sin límites ni control del Congreso los recursos del presupuesto.

Por último el decreto 522 a través del cual se interviene la empresa Vicentin es manifiestamente inconstitucional pues se lo dicta sin que esté presente el marco excepcional que prevé la constitución para que el Presidente pueda hacerlo ya que el Congreso se encontraba reunido. Además, de manera conjunta el Ejecutivo presenta en el Senado un proyecto de expropiación de la empresa, lo que contradice la razón por la se sostiene que el Presidente estaba habilitado para el dictado del DNU. Se conculcan de-

[15] *Caso Yori Melisa vs. Adecco Argentina S.A.* sobre medidas cautelares y preparatorias, Juzgado de Distrito en lo Laboral 4° Nominación, Santa Fe, 28/4/2020 En base a una ley especial (DNU) sobre una general (ley de contrato de trabajo) se desnaturaliza el instituto del periodo de prueba del art. 92 bis LCT.

rechos constitucionales como el de propiedad, de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y de asociación de la empresa y accionistas, consagrados en los artículos 14, 17 y concordantes como así también de varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional, según lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22. Pero además el Ejecutivo no puede intervenir una sociedad mientras en la justicia se encuentra en trámite un proceso de concurso preventivo. Por lo tanto, se está violando el artículo 109 de la Ley Fundamental que le prohíbe al Presidente intervenir en causas judiciales.[16] Este instrumento afecta seriamente el principio de división de poderes en tanto implica la irrupción sobre la competencia del Legislativo y del Judicial. A ello se agrega la afectación del federalismo ya que el Presidente está interviniendo en una causa judicial radicada en la provincia de Santa Fe.

El argumento que se invocó para no reunir al Congreso durante más de dos meses se fundó en la necesidad de modificar el reglamento de las Cámaras de modo de posibilitar que las sesiones se llevaran a cabo a través de alguna modalidad no presencial. Dicha enmienda requeriría de una sesión presencial. Este razonamiento no nos parece válido pues desconoce precisamente la emergencia como fuente para evitar la parálisis del poder legislativo. Ante circunstancias excepcionales son necesarios remedios también excepcionales para evitar que se dañe el interés general. Entonces, cabe remover escollos de orden procedimental que impidan el normal funcionamiento del legislativo con el grave riesgo de afectar derechos fundamentales que ello conlleva. Sorprende que se celebren reuniones de comisiones no presenciales sin que se haya modificado ningún reglamento. Aún si se considerara que la reunión plenaria de cada una de las cámaras podría acarrear futuros pedidos de inconstitucionalidad de las normas que se sancionen, ello no es óbice para celebrar una reunión presencial con todas las prevenciones relativas a la distancia entre legisladores y demás medidas encaminadas a protegerlos, que tenga como objeto exclusivo la modificación del reglamento agregando al artículo que establece la modalidad presencial de las sesiones la alternativa de que estas puedan ser virtuales. El Congreso tiene a su cargo el desarrollo de una función fundamental para la dinámica institucional de una República. Su letargo, lejos de facilitar la vida durante la pandemia y la cuarentena es susceptible de facilitar la violación de derechos, la falta de información, el surgimiento de un pensamiento único, so pretexto de que las voces disonantes entorpecen la búsqueda de soluciones

[16] Art. 109 CN: "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"

y el ejercicio excesivo del poder presidencial. Curiosamente en el marco de nuestro federalismo, en varias provincias como en la Ciudad de Buenos Aires, las legislaturas locales sesionan. No vemos motivo alguno para que a nivel nacional no ocurra lo mismo.

El artículo 99, inciso tercero de nuestra constitución que hemos transcripto exige, como modalidad de control que los DNU sean enviados por el Jefe de Gabinete, inmediatamente después de su dictado, a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso para que esta decida a través de un despacho, su ratificación o su rechazo en el plazo de quince días. Asimismo el Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir mensualmente al Congreso, de manera alternativa al menos una vez por mes al Senado y la siguiente a la Cámara de Diputados, para dar un informe sobre la marcha del gobierno. Ello, independientemente de la facultad que tienen cada una de las Cámaras de convocar a los ministros para recibir explicaciones e informes que estime convenientes (art. 71 CN). La inacción del Congreso impidió que se cumpliesen estas exigencias constitucionales que importan controles básicos del accionar del Presidente y de sus ministros. En particular fiscalizar el uso de sus facultades excepcionales en lo que hace al dictado de decretos de contenido legislativo.

La utilización abusiva de decretos de necesidad y urgencia como palanca para la ampliación de delegación de facultades concedidas por el Congreso ha sido una práctica que ha actuado como un medio adicional de fortalecimiento del poder presidencial. Así, el Poder Ejecutivo mediante el DNU 260/20, consideró que en "fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia" y como consecuencia de ello establece que "en el marco de la declaración de emergencia pública en materia sanitaria declarada por el artículo 1° de la Ley N° 27.541, resulta procedente su ampliación respecto de las medidas a adoptar con relación al coronavirus COVID-19", en el que se entiende que la evolución de la situación epidemiológica exige la adopción de "*medidas rápidas, eficaces y urgentes*", por lo tanto, tal situación hace imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, argumento suficiente para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia.

Muchas veces el Presidente se excede en la delegación declarada por el Poder Legislativo. Además, el Ejecutivo decide algo diferente a lo concedido por el Congreso por medio de un decreto de necesidad y urgencia de modo diferente a lo este le concedía en la ley delegante. En los considerandos del decreto 260/20, el Poder Ejecutivo invocó una circunstancia ajena a la situación contemplada por el Congreso al dictar la ley 27.541, ya que

en diciembre de 2019, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no había declarado al coronavirus como una pandemia. Frente a este cuadro de situación no era necesario acudir a una delegación previa y en cambio utilizar directamente las atribuciones previstas en el Art. 99, inc. 3ro, para así dictar una medida "*urgente*" con alcance amplio y enfocado en la "*salud pública*".

Pero lo que debe llamar la atención es que, en el art. 1 del mencionado decreto, el Ejecutivo amplía "*la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541*" cuando es el Congreso quien decide y delega sus facultades; no es el Poder Ejecutivo quien puede revisarlas y ampliarlas, pues al hacerlo está incurriendo en un ejercicio por fuera del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso. Por ende, se rompen las pautas establecidas por el Poder Legislativo en la delegación de sus facultades, conforme el art. 76 de la Ley Fundamental. Por último, cabe señalar que el Poder Ejecutivo, mediante los decretos de necesidad y urgencia, no puede "*corregir*" el alcance de la delegación según propio criterio, sorteando las facultades del Congreso y el alcance de la delegación, atribuyéndose facultades que son propias del Poder Legislativo, golpeando, en definitiva, el sistema republicano hasta herir de muerto el Estado Constitucional de Derecho .Lamentablemente fue lo que ocurrió repitiendo una conducta que olvida que la reforma de 1994 le prohíbe al Presidente, como principio general, el ejercicio de facultades legislativas y que por lo tanto toda interpretación debe tener alcance restrictivo, no extensivo como ocurrió en esa oportunidad.

2. *Pandemia en un estado que ha adoptado el federalismo como forma de organización del poder en el territorio*

En marzo 2020, con motivo de la crisis desatada por la pandemia del COVID-19, el funcionamiento de nuestro federalismo acusó una fuerte tensión entre fuerzas centrípetas y fuerzas centrífugas. La decisión del aislamiento social preventivo y obligatorio fue comunicada en el marco que creemos más propicio, conjuntamente con la oposición. Así el Presidente estuvo rodeado de dos gobernadores del partido oficial y dos de la oposición. De este modo se transmitió una imagen de unión nacional por demás oportuna en función de la importancia de las medidas a tomar y de la percepción de concordia y aquiescencia de las principales fuerzas políticas lo que facilitaría enormemente el acatamiento de las medidas de parte de la población. En otro orden de cosas, nos parece importante observar las consecuencias a nivel de gobernanza que se derivan de la forma de organización del poder

en el territorio para asegurar la mayor eficacia en el tratamiento de las crisis. En otras palabras, de qué manera responde una estructura centralizada o una descentralizada ante una emergencia. En tal sentido nos parece interesante un artículo publicado en el diario "El País" de España en el que se comparan los modelos, centralizado de Francia con una tradición de estado unitario, con la descentralización de Alemania que posee un sistema federal muy particular y eficaz.[17] El destacado que anuncia el artículo expresa, a modo de síntesis que "La prueba del estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia". Más adelante subraya, que "la descentralización alemana, fundada en la cooperación entre los miembros de la federación, traslada el peso de las medidas sanitarias a los *länder*, que se ponen de acuerdo con el Gobierno federal para pactar las líneas generales de las restricciones y los centros de investigación científica se reparten por todo el país... La centralización francesa, que concentra el poder en París en el presidente, ha permitido la toma de decisiones rápida, pero la omnipotencia del Estado puede hacer elevado los costes de los errores y la imprevisión". Se ponen de manifiesto los argumentos que se alinean a favor o en contra de cada uno de los dos sistemas. Siempre se a dicho que en el seno de un Estado unitario se facilita la toma veloz de decisiones homogéneas en todo el territorio del país, impidiendo contradicciones y competencia desleal, por el lado del Estado federal en cambio, se observan como beneficios todo los que hace a la concreción de los principios de subsidiariedad y de inmediatez y de sus consecuencias en los procesos de toma de decisión. El federalismo de Estados Unidos ha funcionado de manera descoordinada y hasta podríamos decir anárquica. Es cierto que las indecisiones e invectivas del presidente Trump han sido la mayor barrera para el desarrollo normal de un sistema que en el pasado ha demostrado su eficacia y que ha modelado a todos los sistemas federales de América, entre otros.

En Argentina sucedió algo curioso. Por una parte la actuación nacional tendió a fortalecer las fuerzas centrípetas a favor de una autoridad presidencial que siempre apunta a concentrar la toma de decisiones dejando muy poco lugar a los gobiernos provinciales y municipales. No olvidemos que se encontraba en juego el ejercicio del poder de policía en materia sanitaria en aras de proteger a la salud que es una cuestión que no ha sido delegada a la Nación y que por lo tanto es de naturaleza local. No obstante ello, entendemos que frente a un fenómeno que no admite fronteras dada la interjuris-

[17] "La crisis del Coronavirus – La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés", *El País*, 19 de abril de 2020.

diccionalidad que proyecta una pandemia, resulta razonable que el poder federal tome aquellas medidas que a modo de presupuestos mínimos sean aplicables en todo el territorio nacional, pero sin que ello signifique anular las facultades de provincias y municipios.

Sorprendentemente en el seno de buena parte de las provincias y de los municipios se tomaron decisiones propias de niveles de gobierno soberanos. Así varias provincias cerraron sus límites cuando la constitución no habla de fronteras intrerprovinciales. Declararon el aislamiento antes que el gobierno nacional y esto también ocurrió en numerosos municipios. Incluso en algunos de ellos el intendente estableció el toque de queda dentro de un determinado horario y cerró el ejido municipal con montículos de tierra a modo de barricadas. Es decir un cercenamiento casi total de la libertad ambulatoria. La municipalidad de Castelli en la provincia de Buenos Aires creó un impuesto inmobiliario a ser aplicado sobre los campos existentes dentro del partido homónimo en nombre de la solidaridad que impone la emergencia. Es decir que ejercitó potestad impositiva en materia inmobiliaria de modo abiertamente inconstitucional, so pretexto de la solidaridad que imponía la pandemia. Muchas provincias endurecieron las exigencias tomadas a nivel nacional a través de restricciones irrazonables. Por ejemplo la colocación de fajas en los domicilios de los infectados o el bloqueo de las rutas de manera de impedir la entrada en sus territorios. El jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impuso la obligación a los mayores de setenta años de solicitar un permiso para poder ausentarse de sus domicilios, asimismo en la provincia de Chubut se tomaron de medidas abusivas por parte de la policía sobre la población. Afortunadamente estas decisiones se judicializaron y lograron que jueces locales las dejaran sin efecto. Lo que demuestra la importancia de la justicia durante una emergencia. Damos solo estos ejemplos solamente, podríamos narrar otros. El modelo de federalismo de concertación que plantea la reforma de 1994 no funcionó. En realidad se asistió a una actuación anárquica caracterizada por decisiones centralizadoras desde el Ejecutivo nacional, seguida por gobernadores de provincias e intendentes municipales.

Encontramos también este estado de cosas en las provincias y en los municipios. A esta altura de nuestro desarrollo queremos destacar la importancia del Estado de Derecho en tiempos de coronavirus o de emergencias en general. Lo ocurrido en China alerta sobre las consecuencias nefastas de un sistema policial que cercena la circulación de la información, la oculta, miente y amenaza o agrede a quienes propalan informaciones que se oponen al discurso oficial. Ello, más allá de la eficacia que podría ofrecer en lo que hace al cumplimiento de las exigencias derivadas de la pandemia

sobre la población. La experiencia histórico-institucional a nivel mundial demuestra que generalmente la autocracia no va de la mano de la eficacia, más bien ocurre lo contrario. Así lo demuestran la mayoría de los regímenes de mano dura que han existido y que subsisten. En democracia la deliberación permite el logro de decisiones consensuadas, con una comunicación permanente con la población. Impide que la prevención y el cuidado de las personas se transformen en represión en aras de salvaguardar las necesidades de la autoridad. Tampoco resulta fácil la utilización política de la emergencia a favor de quienes gobiernan. Pensamos en democracias cuyos habitantes no caen atrapados por el "encanto" de discursos demagógicos que llevan necesariamente a un fortalecimiento desmedidos de los ejecutivos. La consolidación institucional que posee un sistema arraigado y sustentado en mecanismos destinados a impedir los abusos presenta las mejores características para transitar una emergencia con la menor afectación posible en materia de derechos.

II. El marco convencional en situaciones de emergencia

Son muchos y diversos los ejemplos históricos donde escenarios críticos en materia política o social que han servido para justificar el ejercicio abusivo del poder. Las situaciones fácticas que por su gravedad ponen en riesgo el orden público e incluso la continuidad misma del Estado constituyen desafíos que exigen ser enfrentados con urgencia, dentro de la legalidad y el respeto de la Constitución. Sin embargo lo más frecuente ha sido que los poderes públicos hagan uso de las instituciones constitucionales previstas para la emergencia, excediendo en la práctica los límites allí establecidos. Para ello es necesario hacer una diferencia entre lo que se denomina situación de emergencia y los efectos que esta pueda producir sobre el pleno ejercicio de los derechos individuales.

La regulación constitucional de las emergencias, su declaración, alcance de las competencias de los poderes y la posibilidad de reducir el ejercicio de ciertos derechos fundamentales; difieren no solo en su estructura sino en las variadas definiciones con que son identificados: Estado de Sitio (Argentina, Brasil, Honduras), Estado de Alarma (Venezuela), Estado de Conmoción (Colombia), Estado de Excepción (Bolivia, Ecuador, Paraguay), u otras expresiones similares.

Sin objetar los distintos diseños constitucionales, el Derecho Internacional se ocupa de otros aspectos menos estructurales, relativos a los efectos

reales de cada una de esas instituciones sobre la vigencia y respeto de los derechos humanos, estableciendo estándares uniformes a los cuales deben sujetarse las regulaciones normativas internas de los Estados. En otras palabras se reserva al derecho constitucional la elección del modelo institucional pero el derecho internacional condiciona su impacto sobre los derechos humanos.

Varía también el modelo y condiciones del control de constitucionalidad de las instituciones pensadas para los estados de excepción y sus efectos sobre los derechos; aspecto este también reservado a las peculiaridades de cada Nación.[18] Pero la compatibilidad entre el derecho interno (incluyendo la Constitución) y el derecho internacional de los derechos humanos también despliega mecanismos de control denominados de "convencionalidad" según la elaboración jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[19] Por tal razón la última palabra en el *control de constitucionalidad* corresponde a los tribunales internos en tanto el *control de convencionalidad* concluye cuando la Corte IDH expone su criterio último y definitivo, elaborando estándares uniformes de cumplimiento, en principio, indiscutibles para los jueces domésticos.

La protección de los derechos humanos en los estados de excepción está prevista con precisión en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fuera interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General Nº 5 y el Comentario General Nº 29.[20] Asimismo a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías (ONU) se creó la Relatoría Especial sobre los Estados de Excepción, de amplia y fecunda labor de supervisión de los efectos de las emergencias sobre las instituciones y los derechos.

Para el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el tema se regula en el Art. 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, siendo tal vez el que deja mayor margen a la acción restrictiva de los derechos que pueden desplegar los gobiernos ante las crisis profundas de diversa índole.

---

[18] Nohlen Dieter, Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa IIDH enero/junio 2008 pág. 132; Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 11.

[19] Véase Bazan Víctor, "Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad,* México, Fundap, 2012, p. 11.

[20] CCPR/C/21/Rev 1./Add.11, 31 de agosto de 2001

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es sin duda el documento más importante al definir cuáles son las condiciones que pueden identificarse como situaciones de emergencia y el alcance de la afectación de derechos posible frente a la imprevisibilidad o gravedad de los sucesos. Conforme el art 75 inciso 22 de la Constitución argentina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional.

El artículo 27 de la CADH enuncia las condiciones mínimas que deben cumplirse para declarar formalmente que existe una situación de emergencia, sus alcances y duración.[21] Se analizan allí los tres ámbitos en que se evidencian las consecuencias de la situación anormal: *a)* Cuales circunstancias pueden calificarse como emergencia y qué requisitos deben cumplirse para su declaración; *b)* Cual es el núcleo de derechos, principios y garantías que se mantienen incólumes aún durante esa situación crítica, y *c)* Las obligaciones de índole internacional con otros países y la OEA.

Actualmente el ámbito de aplicación se ha extendido en razón de las múltiples circunstancias y acontecimientos extraordinarios de diversa ín-

[21] Art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos: "1.- en caso de guerra, de peligro público de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este 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, 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 esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección de 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 la suspensión" La regulación internacional en el artículo 27 CADH provocó efectos profundos en el sistema constitucional argentino especialmente sobre el Estado de Sitio regulado por el artículo 23... Es cierto que la CSJN había definido progresivamente el límite de las facultades que esa cláusula reconoce con excesiva amplitud al Poder Ejecutivo. Pero a partir de la Reforma constitucional de 1994 y el diseño del art 75 inciso 22 que dispone la igualación jerárquica de once tratados de derechos humanos y la Constitución; los requisitos y la definición misma de los estados de emergencia variaron sustancialmente.

dole que experimentan los países. La disposición convencional las identifica como "*guerra, peligro público u otra emergencia*". La primera se refiere a los conflictos armados internacionales o internos, guerras de liberación o disturbios internos;[22] en tanto "*peligro público*" o "*emergencia*" son términos más amplios que incluyen las crisis políticas, económicas, sociales y también las provocadas por los efectos de la naturaleza, epidemias, accidentes químicos y graves casos de contaminación, entre otros.[23]

Las catástrofes naturales tienen una enorme repercusión en la vida política o social. Terremotos, ciclones, huracanes, incendios forestales, inundaciones, sequías, provocan muertes, hambrunas y enfermedades que derivan en escasez de recursos e incluso alteraciones del orden público. Forman parte de este grupo las crisis sanitarias. El Derecho Humanitario opera especialmente en este tipo de escenarios.

Si bien en la experiencia latinoamericana no encontramos casi literatura sobre limitaciones de derechos en virtud de calamidades naturales, ello no implica que queden excluidas de las exigencias convencionales tanto en las condiciones para declarar el estado de emergencia como en lo referido a sus implicancias sobre los derechos humanos

Agrega el art 27 CADH que estas situaciones graves deben "poner en peligro la independencia o la seguridad del Estado", lo cual descarta todo aquello que pueda simplemente afectar o desestabilizar un gobierno, debiendo interpretarse en sentido restrictivo y solo respecto de contextos que afecten la "seguridad" de las instituciones constitutivas del Estado, los elementos esenciales de la democracia y por supuesto la plena vigencia de los derechos humanos. Por ello los poderes extraordinarios que asumen las autoridades en esos momentos solo se justifican en la defensa de la sociedad en su conjunto, en resguardo del bien común y en la inviolabilidad de los derechos de los ciudadanos. Y en función de dicha finalidad, se destaca que aún cuando la CADH admita la afectación de algunos derechos en virtud de la situación excepcional, ninguna medida podrá disponerse si entraña algún tipo de discriminación.

Si bien las situaciones que encuadran en el marco convencional de la excepcionalidad admiten la posibilidad de suspender o limitar derechos, se preserva la inmunidad a ultranza de varios de ellos: Personalidad jurídica,

---

[22] Stephen, Marks, *Derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia, en Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Karel Vasak editor general, París, Unesco, 1984, vol. l, p. 255.

[23] Melendez Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, Criterio, 1999, p. 48

vida, integridad personal, conciencia y religión, nombre, nacionalidad, derechos políticos, prohibición de esclavitud y servidumbre, y derechos del niño. Ese conjunto diverso de derechos que deben mantenerse plenamente vigentes constituye el núcleo irreductible de los derechos humanos cuya subsistencia bajo cualquier situación por grave o comprometida que sea, implica el deber inexcusable de toda sociedad democrática de garantizarlos poniendo a disposición de las personas mecanismos eficientes de tutela judicial. Se incluyen en el mismo párrafo dos principios: Legalidad e irretroactividad, que actúan como condicionantes de las restricciones autorizadas, de modo que deba ponderarse en cada caso la necesidad y proporcionalidad de las medidas que se asuman en el marco de la emergencia.

Cabe recordar que según el art 30 CADH toda restricción a los derechos fundamentales solo es posible si se dispone "*...conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".* Si bien este artículo se refiere a las limitaciones reglamentarias que afectan el ejercicio de los derechos en la normalidad, corresponde su interpretación coordinada con las demás disposiciones de la Convención de modo que aún en las situaciones previstas por el art 27 CADH; la legalidad, necesidad y proporcionalidad de toda medida que afecte derechos humanos será de imperiosa aplicación.

Así lo ha interpretado la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6/86[24] sobre el alcance de la expresión "leyes" empleada por el citado artículo 30 de la CADH. Dijo entonces el Tribunal que el término ley en el marco de la CADH significa "...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes...".

Es decir que frente a cualquier tipo de afectación a los derechos humanos sea en tiempos de normalidad o excepcionales, deben respetarse las siguientes condiciones:

> a. Que se trate de una restricción 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 parten del "propósito

[24] Opinión Consultiva OC-6/86 La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" Corte IDH, 9 de mayo de 1986. Ver comentario por Daniel A. Sabsay en *Derechos Humanos, Corte Interamericana, Opiniones Consultivas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 240 y ss.

> 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. c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.[25]

Puede concluirse entonces que si bien toda declaración formal la emergencia se regula por el derecho constitucional que es quien otorga las competencias y regula los procedimientos; la suspensión de derechos autorizada por el artículo 27 CADH solo puede ser dispuesta por el órgano legislativo o aquel al cual la Constitución hubiere otorgado esa competencia en forma expresa.

En cuanto a la naturaleza de los hechos excepcionales, los términos convencionales son lo suficientemente abiertos como para abarcar un sinnúmero de situaciones imprevistas que van desde actos de violencia interna, hasta la guerra internacional sin olvidar os desastres naturales. Sin embargo, la amplitud de la norma no significa que cualquier situación justifique una declaración de emergencia y menos aún una suspensión de derechos. Los hechos deben ser actuales o inminentes y poner en peligro la subsistencia del Estado, descartando como justificación los riesgos potenciales o eventuales.

Es claro que la CADH intenta frenar el empleo excesivo de medidas excepcionales con fundamento en argumentos carentes de motivación, genéricos, indeterminados o insuficientes.[26] La exigencia convencional es que el riesgo sea actual o inminente y que pueda provocar un peligro cierto para la independencia o seguridad del Estado.

El último párrafo del artículo 27 impone el deber de informar a los otros Estados Partes en la CADH que se hará uso del derecho de suspensión, a través de la Secretaría General de la OEA, mencionando los motivos y el contenido de la declaración formal en los términos del derecho interno, así como en su momento de la terminación de la emergencia y sus efectos jurídicos sobre los derechos de las personas. En el contexto de esas obligaciones se integra el deber de actuar en forma compatible y concordante con los demás compromisos asumidos a nivel internacional. La armonización entre las acciones habilitadas por cada Constitución y las obligaciones internacionales aparece claramente expresada en el concepto de "complementariedad" entre el control de constitucionalidad y de convencionalidad; cada uno en la esfera de sus propias competencias.[27]

---

[25] OC-6/86, párr. 18.

[26] Véase Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los Estados de Excepción*, México, UNAM, 1999, p. 19; Marks Stephen P., *op. cit.*, p. 270.

[27] *Ibidem*, p. 43.

1. *Intangibilidad de las garantías judiciales*

Si el último párrafo del inciso 2 del art 27 CADH podía provocar dudas acerca de la subsistencia de las garantías judiciales mientras transcurre una situación de emergencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos despejó las dudas en dos Opiniones Consultivas sucesivas emitidas en 1987.

Si bien la esencia de la OC-8/87 consiste en justificar la permanencia del *habeas corpus* bajo cualquier circunstancia de excepción, la opinión de la Corte sobre la íntima relación entre la vigencia de las garantías y la democracia es tal vez el mensaje más valioso del documento.[28] Subraya el Tribunal que "dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.[29] En una sociedad democrática "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira"[30] y no caber entender que "el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada".[31] Concluye la Corte que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2. "para preservar la legalidad en una sociedad democrática".[32]

Poco tiempo después se amplía el concepto de intangibilidad en la Opinión Consultiva OC-9/87,[33] extendiendo la imposibilidad de suspensión a las garantías mínimas del debido proceso que se mencionan en el artículo 8o. de la CADH así como a la protección judicial del artículo 25 CADH. En suma: Las garantías judiciales cualquiera sea su denominación se encuen-

---

[28] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH,

[29] OC-8/87, cit. párr. 20.

[30] OC-8/87, cit. párr. 26.

[31] OC-8/87, cit. párr. 20.

[32] OC-8/87, cit. párr. 42.

[33] Corte IDH, Opinión Consultiva 9/87, 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en los estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 CADH, solicitada por la República Oriental del Uruguay.

tran protegidas de toda restricción bajo cualquier circunstancia y de ello deriva un principio tutelar no solo de los derechos humanos sino del sistema democrático en sí mismo.

2. *Impacto en las instituciones: La Carta Democrática Interamericana*

Aún en situaciones de crisis el Estado debe preservar el equilibrio entre poderes. Ninguna previsión constitucional en una real democracia admite que se quiebre la armonía entre los poderes necesaria para asegurar el mutuo control. Incluso cuando las Constituciones autoricen procedimientos excepcionales para gobernar las crisis, toda facultad extraordinaria deberá limitarse en su alcance y duración.

La separación e independencia de los poderes es uno de los elementos esenciales de un Estado democrático. En un estado de excepción esas condiciones no pueden perderse y la exigencia no se limita al ejercicio de competencias conforme las reglas constitucionales sino también al propio funcionamiento de cada uno de los poderes. Es decir que la posibilidad de asumir facultades más amplias que las asignadas en tiempos de normalidad no significa que cada uno de los órganos que ejercen normalmente el poder deje de actuar o resigne potestades por fuera de los límites constitucionales, incluso autorizados por la emergencia.

El derecho internacional también se manifiesta sobre este aspecto sustancial de los estados de emergencia, donde el derecho interno de los Estados muestra asimetrías que dificultan en muchos casos la aplicación de la normativa convencional, siempre atenta a la limitación del poder y más aún cuando de situaciones excepcionales se trata.

Más allá de los Tratados sobre Derechos Humanos que regulan específicamente cómo y bajo qué condiciones pueden limitarse o suspenderse algunos derechos durante las emergencias; la Carta Democrática Interamericana[34] introduce varios elementos esenciales que operan sobre la estabilidad de las instituciones en el marco de conflictos sociales, políticos económicos.

El artículo 1 destaca que la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas y consagra la representatividad como base del Estado de Derecho, siendo el ejercicio del poder conforme la ley y la división e independencia de los poderes públicos dos de sus elementos fundamentales (artículo 3). Para el caso en que el

[34] Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA celebrada el 11 de septiembre de 2001.

gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, el art 17 autoriza a solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. La Carta parece referirse únicamente a alteraciones del orden constitucional y solo en una interpretación forzada podría ampliarse a conmociones provocadas por catástrofes naturales que también provoquen consecuencias en la preservación de las instituciones estructurales de la Constitución.

Sin embargo, no puede descartarse la aplicación de la Carta Democrática si en el marco de una catástrofe natural, fuere el propio Estado quien dejare de cumplir con sus obligaciones violando los límites del ejercicio legal del poder, tolerando la paralización irrazonable de las instituciones esenciales o afectando los derechos humanos más allá de los límites establecidos en las obligaciones internacionales oportunamente asumidas. El Capítulo IV sobre fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática ofrece mecanismos apropiados —si bien de compleja ejecución— para actuar coordinadamente a fin de promover la normalización de la situación de riesgo institucional.

La Carta Democrática Interamericana constituye sin duda un paso más en la elaboración de un *corpus iuris democrático común* destinado a fortalecer y preservar la institucionalidad, como objetivo valioso para una región que lucha con esfuerzo y sacrificio para superar los procesos de desconstitucionalización y quiebre del sistema democrático constitucional

3. *Las acciones de los órganos de protección del SIDH frente a la Pandemia*

La Corte IDH se ha pronunciado con frecuencia sobre la afectación de los derechos humanos en situaciones de conflictos armados, crisis políticas y sociales o ruptura del orden constitucional, pero nunca como consecuencia de contextos críticos provocados por catástrofes naturales. Es muy probable que en el futuro se presente algún caso contencioso o solicitud de medida provisional que involucre alguna violación de derechos incompatible con los límites aceptados por el art 27 de la CADH para suspender derechos en situaciones de emergencia. No obstante, los estándares elaborados hasta hoy, generalmente referidos a restricciones a la libertad ambulatoria, violación de la protección judicial, debido proceso legal o derechos políticos; pueden aplicarse con comodidad a una epidemia global como el COVID-19. A modo de ejemplo en el reciente caso *Espinoza González vs. Perú* el Tribunal dijo "Las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben

ser ajustadas a "*las exigencias de la situación",* resultando claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten… dependerá entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella...".[35]

Es sabido que la Corte IDH no debe emitir opiniones en abstracto que en el futuro puedan comprometer su independencia e imparcialidad, pero ello no ha sido un obstáculo para que se involucre en el tema que preocupa y conmueve a casi todo el mundo. El 9 de abril de 2020 emitió la Declaración 1/20 "*COVID 19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser a bordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*". En el documento se insta a los Estados "a que la adopción y la implementación de medidas... se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal".

En la Declaración se reiteran los estándares elaborados a través de sus más de cuatrocientas sentencias respecto de: *a)* El alcance de las medidas restrictivas al goce y ejercicio de los derechos humanos, *b)* Ajuste del uso de la fuerza a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución, *c)* Garantizar sin discriminación los derechos económicos sociales y culturales, especialmente a los grupos más vulnerables, *d)* Garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud, *e)* Acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; *f)* Se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales. Son relevantes los párrafos referidos al acceso a la información veraz y al deber de garantizar el acceso a la justicia, cuestiones estas vinculadas con el imprescindible funcionamiento de los tres poderes del Estado.

A su vez la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado a través de numerosos Comunicados de Prensa. Si bien carecen de eficacia concreta tienen por objeto destacar los parámetros a que deben adecuarse la acción estatal en relación con los grupos vulnerables. Entre ellos citamos el Comunicado 130 del 9 de junio donde expresa que "en el contexto de las medidas e iniciativas adoptadas para contener la pandemia, la CIDH llama a los Estados a fortalecer las instituciones democráticas bajo el enfoque de derechos humanos a fin de cumplir con las obligaciones internacionales y la Carta Democrática Interamericana"

[35] Corte IDH, Caso Espinoza González vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie A, núm. 289, párr. 117

III. Los derechos no son absolutos

El carácter relativo de los derechos es una consecuencia de su consideración en el marco de un sistema y no de manera aislada. Frente a hechos de la realidad se deberá preferir a unos en detrimento de otros, dando prioridad a aquel cuyo bien jurídico a proteger resulte preponderante (Ej. Derecho a la salud, frente a la pandemia vs libertad de circulación) y todos los derechos que se verán afectados de resultas de la restricción a esta. Así, y en función de las circunstancias la ley puede establecer restricciones al ejercicio de ellos. Art. 14 CN: *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.* De este modo nuestra Constitución contempla el principio de legalidad

Los derechos son límites a la actividad estatal. Pero ellos a su vez pueden ser objeto de restricciones por la ley que los reglamenta, claro que estos deben ser razonables. El Legislativo no debe extralimitarse so pretexto de reglamentación. Ello lleva a la aparición de casos dudosos. Así surge del principio de proporcionalidad. La tensión entre medios y fines exige para su interpretación de un examen de proporcionalidad.

El principio de razonabilidad impone que exista una proporcionalidad entre medios y fines que permitan alcanzar a estos últimos. Este principio implica que el medio elegido para alcanzar un fin determinado debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin y que por ende no lo deberá contradecir en ninguna circunstancia, pues en tal caso estaría alterando la esencia del derecho que se pretende proteger. En efecto, se debe velar para que exista *"razón"* valedera para fundar tal o cual acto de poder.[36] Así surge del artículo 28 de la Constitución nacional donde dice que *"los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"*, donde alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad, como así también la ausencia del valor justicia que debe actuar como guía en el establecimiento de este vínculo de proporcionalidad.

No resisten la razonabilidad constitucional aquellas limitaciones contrarias al debido proceso, la tutela judicial efectiva o a la constitución misma. No debe producirse la supresión del núcleo duro de cada derecho. Por ejemplo la finalidad tributaria debe ser razonable y el monto de las cargas —para no violar la propiedad— también debe ser razonable. Cuando así no sucede, el remedio es el pedido judicial de declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Para Bidart Campos: "... El principio de

[36] Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1998, p. 517.

razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares".[37]

El Estado se encuentra facultado para restringir y/o limitar los derechos mediante lo que se denomina "poder de policía" o "poder de regulación" y el fundamento constitucional para el ejercicio de este poder se encuentra también en el artículo 14 de la Constitución Nacional en la parte que hemos citado más atrás que lleva al principio de relatividad de los derechos puesto que un derecho absoluto sería una concepción antisocial. Por su parte, el poder de regulación encuentra como límite constitucional la prohibición de que esos derechos se vean alterados. En efecto, la reglamentación de los derechos debe ser razonable no pudiendo alterar el núcleo duro de estos. En esta dirección el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

> Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

En reiterados precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que aún supuesta la legitimidad de los fines de la ley, la misma se torna arbitraria cuando los medios que se adoptan para lograr esos fines no guardan adecuada proporción con ellos o con las circunstancias que la motivaron.[38] El poder reglamentario excede sus límites despojando de razón suficiente a la actuación estatal cuando se configuran en el caso los siguientes supuestos:

- Exceso en la limitación de derechos y en el ejercicio de la potestad sancionatoria de parte de la autoridad administrativa.
- Desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios escogidos para llevarlos a cabo.
- Irrazonabilidad de las restricciones a los derechos.
- La jurisprudencia ha respaldado esta concepción de la relatividad de los derechos, al afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico no existen derechos absolutos, ya que todos son susceptibles de adecuada y prudente reglamentación (Fallos, 257:275, caso "Editorial Sur S.R.L.", entre otros).

---

[37] Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 416

[38] CSJN, Fallos 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; 299:428.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que: *"…toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquellos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal"* (Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29/03/2005 • Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social • LA LEY 07/04/2005, 7, con nota de Ricardo J. Cornaglia - LA LEY 01/04/2005, 5 - DJ 13/04/2005, 965 - DT 2005 (abril), 529).

IV. Conclusiones: los efectos no queridos

En otro orden de cosas, nos parece importante observar las consecuencias a nivel de gobernanza que se derivan de la forma de organización del poder en el territorio para asegurar la mayor eficacia en el tratamiento de las crisis. En otras palabras, de qué manera responde una estructura centralizada o una descentralizada ante una emergencia. En tal sentido nos parece interesante un artículo reciente, publicado en el diario *El País* de España en el que se comparan los modelos, centralizado de Francia con una tradición de estado unitario, con la descentralización de Alemania que posee un sistema federal muy particular y eficaz.[39] El destacado que anuncia el artículo expresa, a modo de síntesis que "La prueba del estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia". Más adelante subraya, que "la descentralización alemana, fundada en la cooperación entre los m, la transformaiembros de la federación, traslada el peso de las medidas sanitarias a los *länder*, que se ponen de acuerdo con el Gobierno federal para pactar las líneas generales de las restricciones y los centros de investigación científica se reparten por todo el país... La centralización francesa, que concentra el poder en París en el presidente, ha permitido la toma de decisiones rápida, pero la omnipotencia del Estado puede hacer elevado los costes de los errores y la imprevisión". Se ponen de manifiesto los argumentos que se alinean a favor o en contra de cada uno de los dos sistemas. Siempre se a dicho que en el seno de un Estado unitario se facilita la toma veloz de decisiones homogéneas en todo el territorio del país, impidiendo contradicciones y competencia desleal, por el lado del Estado federal en cambio, se observan como beneficios todo los que hace

[39] "La crisis del Coronavirus-La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés", *El País*, 19 de abril de 2020.

a la concreción de los principios de subsidiariedad y de inmediatez y de sus consecuencias en los procesos de toma de decisión. El federalismo de Estados Unidos ha funcionado de manera descoordinada y hasta podríamos decir anárquica. Es cierto que las indecisiones y "bravuconadas" del presidente Trump han sido la mayor barrera para el desarrollo normal de un sistema que en el pasado ha demostrado su eficacia y que ha modelado a todos los sistemas federales de América, entre otros.

La pandemia nos da la posibilidad de analizar y de hacer un balance de las experiencias ocurridas en América Latina al calor de la emergencia. Ello nos permitirá observar de qué manera ha respondido cada uno de los sistemas imperantes en nuestro subcontinente y cómo sus particularidades han incidido en el logro de soluciones. En Argentina hasta ahora ha sucedido algo curioso. Por una parte la actuación nacional ha tendido a fortalecer las fuerzas centrípetas a favor de una autoridad presidencial que siempre apunta a concentrar la toma de decisiones dejando muy poco lugar a los gobiernos provinciales y municipales. La Argentina ha adoptado un federalismo de tipo estadounidense que por ende le reconoce autonomía a las provincias las que han delegado un número de potestades en el gobierno nacional o federal. De consecuencia de lo cual, la esfera de competencia de este último, de acuerdo con la letra constitucional, es excepcional, mientras que la competencia que se han reservado las provincias son más extensas y regulares. Sin embargo, en los hechos el orden nacional se ha visto cada vez más fortalecido gracias a una concentración inmensa de facultades que les ha ido tomando de a poco a las provincias. Este proceso le ha permitido concentrar la mayor parte de los recursos en particular en materia de impuestos. De manera tal que las provincias se ven obligadas permanentemente a solicitar fondos a la Nación los que le serán concedidos en función de un alineamiento claro en la toma de decisiones por ejemplo en las votaciones legislativas deberán seguir los deseos presidenciales para obtener recursos. Curiosamente las provincias como una suerte de espejo, proceden de manera similar respecto de las autoridades municipales. Esto a pesar de que la reforma constitucional de 1994 reconoció la autonomía municipal.

En ambos casos la autonomía político institucional sin que paralelamente se reconozca la autonomía en materia de recursos, lleva en los hechos a una "unitarización" del sistema en su conjunto. Sorprendentemente en el seno de buena parte de las provincias y de los municipios en lo que va de la crisis, se han tomado decisiones propias de niveles de gobierno soberanos. Así varias provincias cerraron sus fronteras cuando la constitución no admite la existencia de barreras intrerprovinciales. Declararon el aislamiento

antes que el gobierno nacional y esto también ocurrió en numerosos municipios. Incluso en algunos de ellos el intendente o alcalde estableció el toque de queda dentro de un determinado horario y cerró el ejido municipal con montículos de tierra. Es decir un cercenamiento casi total de la libertad ambulatoria. La municipalidad de Dolores en la provincia de Buenos Aires creó un impuesto inmobiliario a ser aplicado sobre los campos existentes dentro del partido homónimo en nombre de la solidaridad que impone la emergencia. Muchas provincias han endurecido las exigencias tomadas a nivel nacional a través de restricciones irrazonables. Por ejemplo la colocación de fajas en los domicilios de los infectados o el bloqueo de las rutas de manera de impedir la entrada en sus territorios. Recientemente el jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impuso la obligación a los mayores de setenta años de solicitar un permiso para poder ausentarse de sus domicilios, asimismo en la provincia de Chubut desde el gobierno se alentó la toma de medidas abusivas por parte de la policía sobre la población. Afortunadamente estas decisiones se judicializaron y lograron que jueces locales las dejaran sin efecto. Lo que demuestra la importancia de la justicia durante una emergencia. Damos solo dos ejemplos solamente, podríamos narrar otros pero el limitado espacio con que contamos no nos permite citar a otros. Para ser justos esto no solo ha ocurrido a nivel provincial y municipal, también ha sucedido en la Nación. Por ejemplo la pretensión de la ministra de Seguridad de realizar operaciones de cyberespionaje en las redes sociales para controlar el "humor social". Esta pretensión provocó la alarma de muchos sectores y aparentemente ha sido desechada.

Dedicamos estos últimos párrafos a hacer un balance provisorio ya que hasta ahora hemos asistido al principio de este verdadero estado de necesidad. El comienzo de la pandemia y su tratamiento de parte del presidente ha sido muy auspicioso tanto por las medidas tomadas como por sus efectos. Los especialistas sostienen que se ha logrado achatar la curva de crecimiento de los infectados por el virus. Sin embargo, la parálisis del Congreso y el funcionamiento excepcional de la Justicia han llevado a una expansión excesiva del poder presidencial y paralelamente a una sostenida suspensión de derechos. Una democracia en la que no rigen los controles de ninguna manera desemboca necesariamente es ese estado de cosas. Es preocupante que este tipo de anomalías o de excesos puedan resultar precedentes para tiempos normales una vez que se haya terminado la emergencia. En Argentina esto ha sido lo que ha pasado salvo excepciones. Lo decidido en épocas excepcionales perdura en tiempos normales.

Vivimos una época en la que los estados de excepción tienden a multiplicarse. Y esto no solo sucede en las dictaduras sino también en muchas democracias. Los factores son múltiples, el reverdecer de los nacionalismos, la reaparición del racismo y la discriminación, el temor a la pérdida de las identidades, los enfrentamientos, el terrorismo, entre muchos otros. Desgraciadamente los remedios que se proponen la mayoría de las veces se enfrentan con el Estado de Derecho, cuyas exigencias institucionales para muchos no sirven para hacer superar las crisis. La opinión de Giorgio Agamben, el filósofo que tal vez más se ha ocupado de los estados de excepción lleva a la reflexión "El 26 de febrero el destacado pensador italiano calificaba como *frenéticas, irracionales y totalmente inmotivadas* las medidas que han *provocado un verdadero y propio estado de excepción*. Y continuaba, *podría decirse que, una vez agotado el terrorismo como causa de procedimientos de excepción, la invención de una epidemia puede ofrecer el pretexto ideal para ampliarlos más allá de cualquier límite*. Y el 17 de marzo sostuvo que nuestra sociedad no cree en nada más que en esa vida biológica desnuda; disponiéndose a dejar de lado, para no perderla, la amistad, los afectos, las convicciones… Entonces, se preguntaba: "¿qué es una sociedad que no tiene otro valor que el de la sobrevivencia?".[40] *Podemos o no coincidir con sus afirmaciones pero creo que pueden servir como guía en la búsqueda de remedios que desde el Derecho Constitucional sirvan para reconducir y renovar una institucionalidad democrática que no puede ser abandonada a favor de modelos que asfixian nuestros derechos y que pueden abrir la puerta a regímenes que creíamos enterrados en el pasado.*

V. Bibliografía

BAZAN Víctor, "Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad,* México, Fundap, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Buenos Aires, Ediar, 1998.

DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los Estados de Excepción*, México UNAM, 1999.

DYZENHAUS David, "Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?", *Constitucionalismo en tiempos de emergencia,* Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2004.

[40] Entrevista de Edgardo Castro publicada en el diario *Clarín* de Buenos Aires, 27 de marzo de 2020.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano,* México, Porrúa, 2005.

HERNÁNDEZ, Antonio María, "Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina", *La Ley Online*; AR/DOC/1352/2020.

MARKS, Stephen, "Derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia", en *Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Karel Vasak editor general, París, Unesco, 1984, vol. l.

MELENDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos,* San Salvador, Editorial Criterio, 1999.

NOHLEN, Dieter, "Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa IIDH enero/junio de 2008.

SABSAY, Daniel, "Opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humano" , en *Derechos Humanos, Corte Interamericana, Opiniones Consultivas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

SABSAY, Daniel, *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho constitucional, 2004

SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, Massachussets, MIT, 1988.

Documentos internacionales

Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA celebrada el 11 de septiembre de 2001.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 *La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"* Corte IDH, 9 de mayo de 1986.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH.*

Corte IDH, Opinión Consultiva 9/87, 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en los estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 CADH.*

Corte IDH, Caso *Espinoza González vs Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie A nº 289.

Artículos periodísticos

AGAMBEN, Giorgio, Entrevista de Edgardo Castro publicada en el diario "Clarín" de Buenos Aires del 27/3/20.

"LA crisis del Coronavirus – La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés", El País, 19/4/20.

DERECHOS EN EMERGENCIA. EL SURGIMIENTO DE UNA DEMOCRACIA ILIBERAL EN PARAGUAY DURANTE EL COVID-19

Jorge SILVERO-SALGUEIRO*

> Yo pensé que los pobres saldrían a asaltar y robar los mercados por hambre, pero fueron los políticos quienes salieron a robar el dinero de los pobres.
>
> Tuit viral durante el COVID-19.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La democracia iliberal.* III. *Las normas jurídicas sobre el COVID-19.* IV. *Las libertades encapsuladas y aisladas.* V. *A manera de conclusión.* VI. *Fuentes bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

En plena pandemia del COVID-19[1] los derechos se encuentran en una situación de emergencia en el Paraguay. Todo comenzó a inicios de marzo de 2020 y tras 4 meses no se avizora una mejoría. Se trata de una rápida mutación del sistema político a una democracia iliberal[2] aprovechando la emergencia sanitaria. Eso es lo más ruin.

* Código ORCID: *https://orcid.org/0000-0003-2721-6883*.

[1] COVID-19 es la abreviación en inglés de *Coronavirus decease 2019* conforme a la Organización Mundial de la Salud.

[2] Silvero Salgueiro, Jorge, "El impacto del COVID-19 en el sistema político paraguayo: ¿Hacia una "democracia iliberal?", en Arcaro Conci, Luiz Guilherme (org.), *O Direito Público em tempos pandêmicos. 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 131-144, disponible en: *https://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1589289975.pdf.*

Si bien la democracia paraguaya[3] no era tal, calificada como una *"flewed democracy"*[4] con un puntaje de 6.24, el más bajo dentro de esa categoría en Sudamérica según el índice de democracia de 2019 de *The Economist*, presentaba más bien déficits institucionales antes que graves restricciones de derechos para la ciudadanía en general, sin contar la situación vulnerable de ciertos grupos o comunidades en sus demandas específicas. Sin embargo, en la actualidad se observa un deterioro considerable en las libertades públicas[5] producto de una concepción autoritaria en la forma de abordar la pandemia, que se refleja en que las personas no son tratadas como sujetos de derechos, responsables en sus obligaciones cívicas y comunitarias.

En ese sentido, en el reciente conjunto de normas gubernamentales, que se detallan más abajo, subyace erradamente el pensamiento que se puede tomar cualquier medida administrativa o sanitaria y simplemente justificarlas en la emergencia sanitaria. Si bien es cierto que ciertas restricciones a algunos derechos constitucionales son posibles, ello sin embargo no exonera de sopesar si las medidas son necesarias, indispensables y acordes a una finalidad (proporcionalidad) que de otro modo empeoraría las condiciones en relación al conjunto de derechos en la sociedad. El principio básico que la emergencia sanitaria *per se* no justifica cualquier restricción de derechos es ignorado constantemente, no existiendo en las exposiciones de motivos de las resoluciones legales en cuestión cierta razonabilidad compatible con el Estado de derecho que justifique dichas decisiones.[6]

La constante en el accionar del gobierno es que se toman decisiones y se comunican haciéndole saber a la ciudadanía que las mismas son obligatorias, bajo pena, incluso, de restricciones a la libertad personal en caso de

---

[3] Flecha, Víctor Jacinto y Martini, Carlos, *A treinta años del golpe. Autoritarismo y Democracia en Paraguay*, Asunción, Servilibro, 2019; Sánchez Gómez, José Tomás y González Bozzolasco, Ignacio (eds.), *Reflexiones sobre política paraguaya*, Asunción, Terere cómplice, 2020.

[4] Véase, *The Economist Intelligence Unit's Democracy Index,* en internet: *https://www.economist.com/graphic-detail/2020/01/22/global-democracy-has-another-bad-year.* Además, "The Economist clasifica a Paraguay entre las democracias defectuosas", Periódico *Ultima Hora,* 1 de febrero de 2020, Asunción, disponible en: *https://www.ultimahora.com/the-economist-clasifica-paraguay-las-democracias-defectuosas-n2867896.html*

[5] De acuerdo al informe La Libertad en el Mundo 2019 de Freedom House Paraguay es calificado como "parcialmente libre" con un puntaje de 65/100, compartiendo con Bolivia y Venezuela el final de la tabla entre los países de Sudamérica. Véase: *https://freedomhouse.org/country/paraguay/freedom-world/2020.*

[6] En el considerando del Decreto Núm. 3576 del Poder Ejecutivo se establece lacónicamente: "Que es prioridad del Gobierno Nacional la protección de la salud de los habitantes y en interés de la comunidad, lo cual amerita medidas restrictivas, ante el avance a nivel mundial de la pandemia del COVID- 19".

incumplimiento. El paternalismo autoritario es patente, más aún cuando ni siquiera tiene lugar un debate parlamentario sobre el carácter y justificación de tales decisiones. En un Estado constitucional, de tipo liberal, el *hashtag* #QuédateEnCasa es primeramente una recomendación gubernamental en apoyo a políticas públicas de salud. Para que se convierta en un deber legal #DebesQuedarteEnCasa se requiere de la activación de ciertas categorías jurídicas como el Estado de excepción o el toque de queda (si hubiera) mediante los mecanismos y formas establecidas en el orden constitucional respectivo. Asimismo, un estado de alarma o emergencia por una crisis sanitaria requiere de ciertos justificativos básicos, condiciones y requisitos especiales para su puesta en funcionamiento. Pero ni aún en esos supuestos podría existir una *capitis diminutio* de tal magnitud donde a la ciudadanía en general se le imponen una serie de prohibiciones por medio de disposiciones unilaterales decididas por el Poder Ejecutivo y se criminaliza su incumplimiento con penas de penitenciaria de seis a diez y ocho meses como está sucediendo en Paraguay.

De esta forma, el gobierno paraguayo aisló a la ciudadanía de sus derechos constitucionales y le creó un nuevo marco normativo de emergencia en contraposición a la Constitución democrática de 1992.[7]

El problema de derechos se agrava dado que los casos de corrupción[8] aumentaron considerablemente durante el COVID-19 utilizando las facilidades en la contratación pública proveída por la deficiente legislación de emergencia que relajó los controles y creó rendiciones de cuenta ineficientes. En contraposición, a la ciudadanía se le limitó sus posibilidades de manifestación y a ciertos activistas sociales que denunciaron la corrupción se les procesó penalmente con cargos surgidos justamente durante el COVID-19, como abajo se detalla. Esta situación constata que justamente enfermedades pre-existentes como la corrupción[9] se agudizan en tiempos de emergencia sanitaria. La pandemia fue también un motivo para un endeudamiento

---

[7] Silvero Salgueiro, Jorge, "25 años de la Constitución de 1992", en: *Comentario a la Constitución. Homenaje al Vigésimo Quinto Aniversario. Corte Suprema de Justicia*, Paraguay, t. V, 2018, pp. 313-342, disponible en: *https://www.pj.gov.py/ebook/coment-const-5.php*.

[8] "La gran pandemia a vencer en el Paraguay es la corrupción", Editorial, Periódico Ultima Hora, 30/04/20, Asunción, disponible en: *https://www.ultimahora.com/la-gran-pandemia-vencer-el-paraguay-es-la-corrupcion-n2882810.html.* "Corrupción en Paraguay impide el desarrollo y la calidad de vida", Editorial, Periódico Ultimo Hora, 31 de mayo de 2020, disponible en: *https://www.ultimahora.com/corrupcion-paraguay-impide-el-desarrollo-y-la-calidad-vida-n2887942.html.*

[9] Mendonca, Daniel, *Corrupción: un estudio sobre la corrupción en Paraguay*, Paraguay, Intercontinental Editora, 2005. En el índice de percepción de la corrupción de 2019 de Transparencia Internacional Paraguay se encuentra al final de la tabla entre los países sudamericanos

internacional del Paraguay por la suma de 1 600 millones de dólares americanos[10] y sin que todavía el Congreso u otra instancia haya verificado la rendición de cuentas respectiva el Gobierno ha anunciado nuevamente otro endeudamiento por 350 millones de dólares americanos[11] dado que el primer préstamo se ha agotado.

A su vez, la corrupción no solo es un problema de enriquecimiento ilícito del sindicado, sino que afecta seriamente las reglas de juego de la democracia electoral. En su mayoría, los actuales casos de corrupción están vinculados a grupos de poder dentro del partido gobernante, la Asociación Nacional Republicana (ANR-Partido Colorado)[12] que luego en elecciones obtiene una preeminencia en su aparato electoral producto de una mayor capacidad económica rompiendo así las reglas de igualdad en la competencia. Es aquí, donde la debilidad institucional en referencia al control del financiamiento ilícito de las campañas políticas juega un rol preponderante. La ANR-Partido Colorado gobernó 43 años (1946-1989) hasta el derrocamiento del Dictador General Alfredo Stroessner (1954-19890) y luego 27 de los 31 años de la era "democrática", en total 70 años en el periodo 1946-2020. Su capacidad de mantenerse en el poder a cualquier costa no debe sobreestimarse.

A todo ello se suma, que el gobierno colorado del Presidente Mario Abdo (2018-2023) tenía un reto electoral en el año 2020 con elecciones municipales en todo el país, pero las mismas fueron tempranamente suspendidas por un año, con lo cual, se privó a la ciudadanía de dar su parecer sobre la actual gestión política en las urnas. En el caso boliviano, las elecciones nacionales fueron postergadas de mayo a septiembre de 2020.[13] En Para-

---

con 28 puntos de una escala de 0 al 100, justamente con Venezuela. Disponible en: *https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results.*

[10] Véase, la página del Ministerio de Hacienda sobre dicha deuda por causa del COVID-19, disponible en: *https://www.rindiendocuentas.gov.py/covid/perfilprestamo*

[11] El Presidente Mario Abdo presenta plan de reactivación y anuncia nueva deuda de US$ 350 millones, Periódico ABC, 29/06/20, disponible en: *https://www.abc.com.py/nacionales/2020/06/29/mario-abdo-aclara-que-el-nuevo-endeudamiento-sera-de-us-350-millones/*

[12] Véase caso "DINAC": "Melgarejo fue uno de los financistas de la campaña política que llevó a Marito a la Presidencia de la República", Édgar Melgarejo renuncia como presidente de la DINAC, *Periódico ABC,* 16/04/20, disponible en: *https://www.abc.com.py/nacionales/2020/04/16/edgar-melgarejo-renuncia-como-presidente-de-la-dinac/*. Véase caso "Insumos chinos" vinculado a la Senadora colorada Lilian Samaniego: "Una empresa de los Samaniego recibió cerca de US$ 1 millón del clan Ferreira", Periódico *La Nación,* 14/04/20, disponible en: *https://www.lanacion.com.py/investigacion/2020/05/14/una-empresa-de-los-samaniego-recibio-cerca-de-us-1-millon-del-clan-ferreira/*

[13] Véase, Tribunal Supremo Electoral boliviano: *https://www.oep.org.bo.*

guay, ya a inicios de marzo 2020 el Tribunal Superior de Justicia Electoral[14] propuso postergar las elecciones municipales de noviembre de 2020, que finalmente por decisión del Congreso Nacional por Ley 6547/20 se pospusieron hasta por un año (noviembre de 2021).[15] En el Congreso paraguayo existe mayoría de la ANR-Partido Colorado en ambas cámaras.

A continuación, se presenta algunas ideas acerca de la democracia iliberal, luego se detallan las normas jurídicas que regulan el COVID-19. Seguidamente, se analizan casos de libertades encapsuladas y aisladas durante la pandemia. Finalmente, unas breves palabras de conclusión.

II. La democracia iliberal

La vulnerabilidad de la democracia paraguaya ha sido un tema de estudio recurrente.[16] A medida que pasan los años la democracia se ensombrece como cuando aumenta el narcotráfico con tentáculos en la política.[17] Si bien es cierto que desde la vuelta a la democracia (1989) han tenido lugar elecciones presidenciales y parlamentarias (generales) regularmente cada cinco años, con una amplia participación de partidos políticos de oposición. Sin embargo, elecciones generales también se han dado regularmente durante los 35 años de la dictadura de Stroessner. De modo que el mero hecho de contar con elecciones no acredita a la calidad del régimen político.

Un estudio del Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP) de la Universidad Vandelbilt reveló que: "En Paraguay, un promedio de 31.6% de los ciudadanos confían en las elecciones, de acuerdo con la ronda 2016/17 del Barómetro de las Américas. Esta cifra representa una caída importante de nueve puntos porcentuales en comparación con

[14] El TSJE se compone de tres miembros, dos de los cuales son de extracción colorada y uno liberal, el cual es "padastro" del Presidente Mario Abdo, pues es la pareja de su madre, sin que se aparte de las causas relacionadas al mismo. Disponible en: *http://www.moopio.com/de-la-mano-de-ministro-liberal-ingreso-la-hermana-planilera-de-abdo-a-tsje.html*

[15] Justicia Electoral recomienda posponer las Elecciones Municipales para el 2021, reporte de noticias, Tribunal Superior de justicia Electoral, 23/03/20. Disponible en: *https://tsje.gov.py/noticias/leer/8529-justicia-electoral-recomienda-posponer-las-elecciones-municipales-para-el-2021.html*

[16] Mendonça, Daniel, *Democracia vulnerable: un estudio sobre el sistema político paraguayo,* Intercontinental Editora, Asunción, 2010.

[17] Mendonça, Daniel, *Paraguay. Las sombras de la democracia,* Intercontinental Editora, Asunción, 2019. Martini, Carlos, Nuestra vulnerable democracia, Periódico *ABC,* 31/03/19. Disponible en: *https://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/cultural/nuestra-vulnerable-democracia-1800594.html*

la ronda de 2014 (40.8%)". Dicho porcentaje sitúa a Paraguay en el puesto 18 entre 22 países americanos. La explicación del propio estudio es que: "Paraguay se encuentra en un rango bajo en comparación con otros países de la región, con algo menos de un tercio de los entrevistados (31.6%) que reporta confiar en las elecciones. Este bajo nivel de confianza podría estar vinculado a prácticas ilegales que están extendidas en algunas regiones y que son popularmente conocidas, y que indiscutiblemente opacan al proceso electoral, como la compra de votos y las encerronas, algo que se reporta tanto en medios de comunicación (Peregil 2013) como en informes de misiones de observación electoral (OEA 2013)".[18]

En ese sentido, las últimas elecciones generales de 2018 fueron especialmente críticas por su falta de transparencia, donde las denuncias de fraude llegaron a tal extremo que el principal candidato de la oposición no reconoció la victoria del candidato del Partido Colorado,[19] cuando que, en anteriores elecciones, dicho reconocimiento había sido un acto de confianza clave para un inicio con cierta legitimidad de los respectivos periodos presidenciales a pesar de la desconfianza ciudadana en las elecciones.

En el caso paraguayo, técnicamente y a pesar de la percepción ciudadana, el gobierno actual fue electo "democráticamente", pues más allá de las acusaciones políticas no se abrió ninguna investigación oficial sobre el fraude denunciado y, finalmente, los poderes del Estado fueron conformados conforme a los resultados oficiales. Esto hace que la primera condición para la categoría de democracia iliberal quede satisfecha.

Fue Fareed Zakaria quién en 1997 llamó la atención sobre *"Democratically elected regimes, often ones that have been reelected or reaffirmed through referenda, are routinely ignoring constitutional limits on their power and depriving their citizens of basic rights and freedoms."* Para él, en una democracia illiberal, "la democracia florece, pero no el liberalismo constitucional".[20] En este punto, el caso paraguayo se aparta un poco, pues, en los últimos años no se ha dado un florecimiento electoral, aunque sí se cuenta con una crisis del liberalismo constitucional.

---

[18] Boidi, María Fernanda / Zechmeister, Elizabeth J., Cultura política de la democracia en Paraguay y en las Américas, 2016/17, Un estudio comparado sobre democracia y gobernabilidad. USAID / Vanderbilt, 2018, p. 16. En internet: *https://www.vanderbilt.edu/lapop/paraguay/AB2016-17_Paraguay_Country_Report_V3_05.03.18_W.pdf*

[19] Véase, el reporte de la Deutsche Welle: *https://www.dw.com/es/paraguay-oposición-denuncia-fraude-electoral/a-43517327*

[20] Zakaria, Fareed, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*. November–December 1997, pp. 22-43. En internet: *https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy*

Otros estudios sobre los regímenes políticos en América Latina han encontrado asimismo una equivalencia entre el estado de dichos regímenes y la practicidad de aplicar la categoría conceptual de democracia iliberal al estado de cosas que pretendían describir y analizar. Smith y Ziegler, Profesores de la Universidad de Chicago, expresaron:

> Em 1980, havia três democracias liberais e três iliberais; em 1990, já eram quatro as liberais e nove as iliberais; no final dos anos 1990, chegou mesmo a haver doze iliberais; e por volta de 2000, eram seis liberais e nove iliberais. A democracia iliberal tornou-se, assim, a forma mais comum, difundida e visível de organização política na América Latina... Não importa o critério —número de países, volume demográfico, países-anos acumulados—, a democracia iliberal emergiu como a modalidade dominante de regime político na região.[21]

Por su parte, Smith en otro trabajo hacía alusión a la comparación entre el concepto de "democracia delegativa" de Guillermo O´Donnell y la idea de democracia liberal señalando: "En resumen, la democracia delegativa alude a la concentración excesiva de poder; la democracia iliberal remite a la aplicación de dicho poder para restringir las libertades y derechos".[22]

La pretensión de utilizar el concepto de democracia iliberal en relación a países de América Latina se ha sostenido en el tiempo. Últimamente, Corrales, profesor de Ciencias Políticas en Amherst College, Massachusetts, expresó: "América Latina, sin embargo, sigue siendo una región donde con frecuencia el iliberalismo encuentra correspondencia".[23]

III. Las normas jurídicas sobre el COVID-19

Existen 3 grupos de normas diferentes en relación al COVID-19. Primeramente, las normas constitucionales y supraconstitucionales que determinan el ámbito de la salud y los derechos. Estas normas son pre-COVID-19.

---

[21] Smith, Peter H. y Ziegler, Melissa R., "Democracias liberal e iliberal na América Latina", *Latin American Politics and Society*, vol. 50, núm. 1, 2008, pp. 31-57. La cita fue tomada de la publicación en portugués: Opinião Pública, vol. 15 núm. 2, Campinas, noviembre de 2009, p. 363.

[22] Smith, Peter H., *La Democracia en América Latina*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 27, disponible en: *https://www.marcialpons.es/media/pdf/100842769.pdf.*

[23] Corrales, Javier, "¿La democracia latinoamericana puede resistir al autoritarismo populista?", *The New York Times*, 06/11/18, disponible en: *https://www.nytimes.com/es/2018/11/06/espanol/opinion/opinion-corrales-democracia-america-latina.html.*

En segundo lugar, la Ley núm. 836 de 1980 denominada Código Sanitario, que proviene de una época autoritaria. En tercer lugar, el conjunto de disposiciones dictadas durante la pandemia.

1. *Las normas constitucionales y supraconstitucionales*

El derecho a la salud está contemplado en el artículo 68 de la Constitución de 1992 en los siguientes términos: "El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad". A su vez, establece: "Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana".

El primer resultado de esta normativa es que la salud es un derecho fundamental de la persona. Cuando se señala que "el Estado protegerá y promoverá la salud (también) "en interés de la comunidad" no significa que el interés comunitario prevalecerá sobre la salud individual. No existe en el constitucionalismo moderno el sacrificio de un individuo en aras de la comunidad como si se tratara de una sociedad antigua. La obligación del Estado de proteger y promover la salud tanto en su vertiente personal como comunitaria, resalta el doble valor de la salud que protegiendo a cada individuo también se protege a la comunidad. Además, la salud es un concepto interdependiente, donde el entorno comunitario es fundamental para mantener la propia salud individual. Por eso, no pueden ser vistas como categorías contrapuestas, sino deben ser armonizadas e integradas. De manera concordante, la Constitución consagra de igual manera el derecho de toda persona a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (artículo 7o.).

Por otro lado, la Constitución dispone que *"en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general"* (artículo 128), lo cual a llevado a interpretaciones antojadizas. Cabe distinguir que la regulación sobre salud está en un capitulo sobre derechos, mientras que dicha primacía en el de deberes. Desde un enfoque estructural, los deberes deben ser interpretados para el propósito pretendido, sin que los mismos tengan un impacto fuera del deber mismo. Las obligaciones son concretas y específicas. En ese sentido, en el mismo artículo 128 se resalta el deber de *"colaborar en bien del país"* y de acuerdo con las cargas públicas que determinan la Constitución y la ley. Por tanto, nadie podrá alegar un interés personal para no cumplir con aquellas cargas que son igualmente obligatorias para toda la colectividad. La función de la norma en cuestión es impedir que alguien solicite una exoneración de la obligación colectiva.

Cualquier otra asignación interpretativa que quiera darse a la cláusula sobre el interés general debe ser bien cuidadosa. En ese sentido, Rodríguez-Arana, presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, advierte:

> El problema, como veremos, se encuentra en que el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder… El principio de supremacía del interés general sobre el interés particular ha sido censurado en algunas ocasiones recurriendo al peligro que se cierne si tal supremacía no se concreta adecuadamente, sino se apoya en el ordenamiento jurídico, si simplemente se usa, con ocasión y sin ella, para la dominación política y social. Algo que lamentablemente, en Europa también, ha acontecido en el pasado... Esta pretendida supremacía en manera alguna impide, como reconoce la profesora Cassía Costadello, que ambos intereses público o general, y particular, no puedan entenderse complementariamente, incluso armónicamente.[24]

El segundo resultado es que se establece un principio de legalidad en materia de salud, el cual se enmarca dentro del Estado de derecho. En otras palabras, si el Estado pretende imponer medidas sanitarias al individuo deberá hacerlo por medio de una ley expedida por el órgano democrático representativo, estando el legislador limitado a su vez por el respeto a la dignidad humana. Medidas sanitarias impuestas sin ley que restrinjan gravemente derechos, son simplemente inconstitucionales. Esta disposición también está acorde a la regla, que restricciones a derechos constitucionales no pueden hacerse por normas jurídicas inferiores a la ley, pues quien las expide no cuenta con la legitimidad democrática para normar reglas comunitarias fundamentales.

Por su parte, la Constitución de 1992 no cuenta con una figura como "estado de alarma", pero el artículo 202, inciso 13 dispone: "Son deberes y atribuciones del Congreso: expedir leyes de emergencia en los casos de desastre o de calamidad pública".

---

[24] Rodríguez-Arana, Jaime, *El interés general en el Derecho Administrativo: Notas introductorias,* Aída Ópera Prima de Derecho Administrativo, año 6, opus núm. 11, enero-junio de 2011, p. 75, disponible en: *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/issue/view/100.*

Nuevamente, se hace referencia a un principio de legalidad en materia de emergencia, correspondiéndole al legislador dicha decisión fundamental. Por cierto, no está en juego si el sistema político es más presidencialista o parlamentarista en relación a quién decide dichos temas. El enfoque constitucional que prevalece es más una idea de protección de derechos, donde se reserva dicha materia al legislador como forma de garantizar publicidad y de dar andamiaje a una democracia deliberativa que sopese en un debate previo qué tipo de restricciones estarían acorde al marco constitucional y que constituyan finalmente unas medidas de mínima intervención en el ámbito de derechos personales.

En cambio, en la Constitución de 1992 sí está contemplado el Estado de Excepción en el artículo 288 que entre otras cosas establece: "El decreto o ley que declare el Estado de Excepción contendrá las razones y los hechos que se invoquen para su adopción... así como los derechos que restrinja". Seguidamente dispone:

> Durante la vigencia del Estado de Excepción, el Poder Ejecutivo solo podrá ordenar, por decreto y en cada caso, las siguientes medidas: la detención de las personas indiciadas de participar en algunos de esos hechos, su traslado de un punto a otro de la República, así como la prohibición o la restricción de reuniones públicas y de manifestaciones.

Si el Poder Ejecutivo declara el Estado de Excepción por decreto, "deberá someterlo dentro de los ocho días a la aprobación o rechazo del Congreso." "El Estado de Excepción no interrumpirá el funcionamiento de los poderes del Estado, (ni) la vigencia de esta Constitución".

El artículo 288 es determinante porque regula la situación más extrema prevista para el ordenamiento constitucional paraguayo. Aún en este caso, el principio es que la vigencia de los derechos constitucionales continúa, estando limitadas las restricciones a derechos concretos y sobre todo sujetas al control del legislador, excluyendo un actuar solitario del Poder Ejecutivo, justamente para evitar excesos. El sistema constitucional paraguayo está construido sobre una base de coordinación y recíproco control entre los poderes del Estado (artículo 3).

En el ámbito internacional la norma fundamental en materia de pandemias es el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la Organización Mundial de la Salud.[25] El RSI resalta la plena vigencia de los derechos fun-

[25] "La Asamblea Mundial de la Salud está facultada para adoptar reglamentos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades, que, una vez adoptados por la Asamblea de la Salud, entran en vigor para todos los Estados Miembros de la Organización

damentales en todo momento, salvo ciertas restricciones expresamente establecidas. El artículo 3 consagra el principio que: "1. La aplicación del presente Reglamento se hará con respeto pleno de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas". Sin que quepa una discusión o duda de si las medidas sanitarias pueden estar desvinculadas del respeto a los derechos humanos y las libertades.

Como se observa, el marco constitucional e internacional consagra a la salud como un derecho fundamental de la persona y no permiten que las medidas sanitarias que se deban imponer en emergencia sean ajenas a la idea de respeto a los derechos humanos. Las formas de la cuarentena del siglo XIX no pueden ser replicadas en el siglo XXI, tanto desde un enfoque epidemiológico como constitucional. Las sociedades avanzan y el actuar conforme a los derechos humanos es la impronta.

2. *La Ley Nº 836 de 1980 "Código Sanitario"*

Es una ley pre-constitucional elaborada en una época autoritaria que contiene disposiciones contrarias a la Constitución. Por ejemplo, el artículo 13 dispone:

> *En casos de epidemias o catástrofes, el Poder Ejecutivo está facultado a declarar en estado de emergencia sanitaria la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, pudiendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas y privadas, así como a la población en general.*

Sin embargo, bajo la Constitución de 1992 no es el Poder Ejecutivo quien tiene atribuciones de regular las emergencias sino el Congreso Nacional, como se señaló más arriba. Por tanto, dicho artículo es inconstitucional. A pesar de ello, el actual Poder Ejecutivo dictó el Decreto 3619 del 24/05/20 "Por el cual se establecen medidas en el marco de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional por la pandemia del coronavirus (COVID-19) correspondientes a la fase 2 del plan de levantamiento gradual del aislamiento preventivo general (cuarentena inteligente)" y en el considerando cita al artículo 13 como fuente de sus atribuciones, lo cual carece de sustento constitucional.

Mundial de la Salud, excepto aquellos que expresamente los rechacen dentro del plazo estipulado." El RSI (2005) fue adoptado por la 58a Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005 y entró en vigor el 15 de junio de 2007. Véase, el prefacio del RSI, p. VII, publicado por la OMS, Ginebra, 2008, disponible en: *https://www.who.int/ihr/IHR_2005_es.pdf.*

Asimismo, el artículo 26 establece:

> las personas que padecen de enfermedades transmisibles y los portadores y contactos de ellas, podrán ser sometidos a aislamiento, observación o vigilancia personal por el tiempo y en la forma que determine el Ministerio, el que podrá ordenar todas las medidas sanitarias necesarias que tiendan a la protección de la salud pública.

Esta disposición no está de acuerdo con un enfoque de derechos humanos, pues el Poder Ejecutivo puede prácticamente tomar posesión de personas enfermas no para protegerlas, sino para garantizar supuestamente la salud pública, sin que medie una obligación de respeto y buen cuidado al enfermo para su recuperación. Es la advertencia que hacía anteriormente Rodriguez-Arana que el interés general puede derivar en autoritarismo. El artículo 26 también es utilizado por el Poder Ejecutivo para justificar las medidas que tomó en el Decreto 3619.

Otra regulación cuestionable es el artículo 310 que establece: "se considerará circunstancias agravantes la reiteración y la reincidencia, así como las transgresiones a las medidas dispuestas como obligatorias por el Poder Ejecutivo en un estado de emergencia. En estos casos se aplicará la mayor sanción al infractor". Acá se contempla que el Poder Ejecutivo actúe en calidad de legislador y ejecutor estableciendo medidas obligatorias en un estado de emergencia y sancionando su incumplimiento.

Entonces, el Código Sanitario de 1980 delega en el Poder Ejecutivo una serie de atribuciones acorde a ésa época de concentración de poder. Evidentemente, el actual Poder Ejecutivo eligió dicho modelo y dictó decretos en ese sentido con un sesgo iliberal.

3. *Las normas legales e infralegales*

En el caso paraguayo del tratamiento jurídico de la pandemia del COVID-19[26] el Poder Legislativo ha expedido una ley,[27] pero se han dictado un número significante de disposiciones infra-legales.[28] El Poder Ejecutivo

[26] Moreno Rodríguez A., Diego, "Constitución, emergencia sanitaria y restricción de derechos en Paraguay en el inicio de la pandemia", en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords., *Emergencia Sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, 2020, pp. 157-165, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6195/3a.pdf.*

[27] Segura, Francisco (coord.), *Impacto del Coronavirus en el Derecho Paraguayo*, Intercontinental Editores, Paraguay, 2020.

[28] Los Decretos, Resoluciones y demás regulaciones sobre el COVID-19 se encuentran

ha expedido alrededor de 18 decretos. El Ministerio de Salud Pública alrededor de 26 resoluciones. La particularidad es que los decretos llevan la firma del Presidente de la República pero requieren ser refrendados por un Ministro para su validez. Las resoluciones ministeriales solo llevan la firma del Ministro del ramo, sin necesitar de un refrendo como forma de control. Aparte de ello, hay 12 protocolos, 6 instructivos y una directriz. ¿Cuál es la diferencia específica entre estas tres categorías? Tampoco se sabe a ciencia cierta. Solamente, tienen en común que figuran en la página de internet del Ministerio de Salud Pública y, por tanto, se deduce que fueron elaborados por dicha institución, pero estos documentos publicados en línea no llevan fecha ni la firma de la autoridad que la aprobó. Lo cual suscita la cuestión acerca de la obligatoriedad de los mismos como norma jurídica. ¿Son en realidad una norma jurídica vinculante? ¿Están simplemente los derechos individuales a disposición de cualquier funcionario del Ministerio de Salud Pública que pretenda restringirlos? Claramente, la importancia de estos protocolos, instructivos y directrices dependerá de si abordan temas sensibles como restricciones de derechos y con qué intensidad. En la medida que se responda afirmativamente a estos planteamientos es que dichas disposiciones servirán como ejemplo del surgimiento de una democracia iliberal, donde los ciudadanos están sometidos al Poder Ejecutivo sin mayores espacios de libertad.

En términos cronológicos, la primera regulación sobre el COVID-19 fue la alerta epidemiológica núm. 1 del 23/01/20 expedida por la Dirección General de Vigilancia de la Salud dependiente del Ministerio de la Salud Pública, que advertía sobre la epidemia de un nuevo coronavirus. El día 30 de enero la OMS declaró una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) conforme al Reglamento Sanitario Internacional (RSI).[29] Casi un mes después, el 28 de febrero el Ministerio de Salud Pública conformó el Centro de Operaciones de Emergencia por Resolución núm. 76 para dar respuesta a una eventual pandemia de coronavirus (COVID-19). El 9 de marzo se expidió el Decreto núm. 3442 del Poder Ejecutivo para implementar acciones preventivas ante el riesgo de expansión del COVID-19, conforme al Plan Nacional de Respuesta a Virus Respiratorios 2020. Dicho decreto no contenía medidas específicas, pero es el primer ins-

disponibles en la página del Ministerio de Salud Pública, disponible en: *https://www.mspbs.gov.py/covid-19.php.*

[29] Véase la declaración en: *https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov).*

trumento donde se instruye a las Fuerzas Públicas (Policía y Militares) a colaborar con el Ministerio de Salud Pública. El 10 de marzo el Ministerio de Salud Pública expidió la Resolución núm. 90 sobre medidas para mitigar el COVID-19 y con la sola firma del Ministro de Salud Pública se restringieron derechos fundamentales. Así, se decidió, básicamente: "Suspender la realización de espectáculos públicos o privados de concurrencia masiva, reuniones políticas, gremiales y sociales, actividades religiosas y actividades recreativas. Suspender todo tipo de actividades en lugares cerrados, y; suspender las actividades educativas en todos los niveles de enseñanza".

Recién al día siguiente, el 11 de marzo la OMS declaró la pandemia. En el Paraguay, el 16 de marzo por Decreto núm. 3456 del Poder Ejecutivo se declaró Estado de Emergencia Sanitaria. El mismo día por Decreto núm. 3458 se ordenó el cierre de fronteras. El 17 de marzo por Resolución núm. 99 del Ministerio de Salud Pública se dispuso un "aislamiento preventivo general de la población" entre las 20:00 hs. y las 4:00 hs. que no es otra cosa que un eufemismo para un "toque de queda", amenazándose con sanciones de la Ley núm. 836/80 Código Sanitario, la Ley núm. 716/95 que sanciona delitos contra el medio ambiente y el Código Penal. La anterior Resolución núm. 90 solo remitía a sanciones del Código Sanitario.

Pero, no fue hasta el 26 de marzo que el Poder Legislativo recién se pronunció sancionando la Ley núm. 6524 de Emergencia. Técnicamente, es más una "ley de autorizaciones", por medio de la cual se delegan una serie de decisiones y atribuciones al Poder Ejecutivo para que este resuelva los temas y tras ello, el Poder Legislativo se llamó nuevamente a inactividad sobre el tema pandemia y restricción de derechos. La citada ley no menciona ni hace referencia a las restricciones de derechos y las libertades ciudadanas que, bajo ese estado de cosas, seguían siendo materia de decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo. Lo cual, contrasta con lo señalado más arriba que en caso que el Poder Ejecutivo declare el Estado de Excepción, la Constitución ordena que el Poder Legislativo apruebe o rechace dicha medida en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas.

Después de la Ley núm. 6524 de Emergencia el proceso quedó totalmente en manos del Poder Ejecutivo que siguió regulando la crisis sanitaria sin frenos ni contrapesos. En ese sentido, un ejemplo es el artículo 2 del Decreto núm. 3576 que establece:

> Dispónese que durante la FASE 1 del Plan, todos los habitantes deberán permanecer en su residencia habitual o en la residencia donde se encuentran, y solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables, para aprovisionarse de alimentos, medicamentos y artículos de limpieza, únicamente

> dentro del horario de 05:00 hasta las 21:00 horas, pudiendo a dichos efectos, transitar los vehículos con chapas con terminación en números 1, 3, 5, 7 y 9 los días lunes, miércoles, viernes y domingo, y los vehículos con chapas con terminación en números 0, 2, 4, 6 y 8 los días martes, jueves y sábado, del periodo fijado en el presente decreto, en el mismo horario citado precedentemente.

Esta disposición es una típica norma iliberal. Demuestra que todo el poder está concentrado en el Poder Ejecutivo, es la parte en común que tienen los conceptos de "democracia delegativa" y de "democracia iliberal". Pero, va más allá porque cambia el sentido del constitucionalismo liberal. Así, el articulo 9 de la Constitución de 1992 consagra el principio de autonomía de la voluntad al dictar: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de la ella no prohíbe". Pero, esta norma fundamental es ahora abrogada por un decreto ejecutivo que le confinó a las personas en Paraguay a enclaustrarse ahí donde están sea o no su residencia. Siendo una prohibición absoluta entre las 9 pm y las 5 am. En términos históricos, una disposición así pudo claramente inspirarse en el pensamiento político del Dr. José Gaspar Rodriguez de Francia, Dictador Supremo y Perpetuo del Paraguay (1814-1840) con el carácter de ser "sin igual".

El referido artículo 2 del decreto firmado por un presidente y su ministro de salud hacen las veces de una figura penal, pues para infringirle responsabilidad penal y criminalizar el incumplimiento el artículo 13 dispone severamente:

"Art. 13.- El incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en este decreto será sancionado conforme a las disposiciones de la Ley núm. 836/1980 - Código Sanitario, la Ley núm. 716/1995 "Que sanciona los delitos contra el medio ambiente", el Código Penal vigente y demás leyes aplicables". Que como se señaló mas arriba contemplan penas de penitenciaria de seis a diez y ocho meses. En este punto, la democracia iliberal se convierte, a la vez, en un Estado de policía.

> Tal vez, como señala Merkl, podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar, no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano; el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él. Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, Estado de policía.[30]

[30] Gordillo, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo,* t. 8, Madrid, 1984, p. 40. En internet: *https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo01.pdf*

El artículo 14 del mismo Decreto N° 3576 señala: "Exhórtase a los Poderes Legislativo y Judicial a tomar las medidas necesarias para el acompañamiento y colaboración en la gestión de las medidas dispuestas para la implementación de la FASE 1 del Plan de Levantamiento Gradual del Aislamiento Preventivo General por el Coronavirus (COVID-19)". De esa forma, son los otros dos poderes quienes deben plegarse a los dictados del Poder Ejecutivo.

El contrapunto con la propuesta paraguaya es el caso uruguayo. Ambos países tienen porcentajes muy bajos de fallecidos y de personas contagiadas,[31] pero mientras que en el uno primó el modelo autoritario, con alrededor de 3.320[32] personas imputadas por violar la cuarentena, en el otro gestionaron un modelo democrático cuyo resultado fue que no hubieron personas detenidas ni perseguidas por el Gobierno ni por ninguna otra autoridad.

> El gobierno uruguayo optó por el modelo democrático, acompañado en la mayor parte de los puntos por la unanimidad de los partidos políticos con representación parlamentaria... El modelo aplicado no incluyó disponer la cuarentena obligatoria o total (para evitar el uso del vocablo confinamiento)... Dentro del modelo democrático, Uruguay optó por un subtipo exhortativo y no dispositivo.[33]

Claramente, esta experiencia uruguaya indica que hay otros caminos igualmente de exitosos para gestionar y administrar una epidemia.

IV. Las libertades encapsuladas y aisladas

En el análisis de los derechos en tiempos de pandemia un caso grave afecta a la libertad personal de cada individuo. La libertad es un derecho protegido por el artículo 9 de la Constitución de 1992. Ahí mismo se regula el principio

---

[31] Véase el artículo Uruguay and Paraguay buck Latin America coronavirus trend, The Guardian, 25 de junio de 2020, disponible en: *https://www.theguardian.com/world/2020/jun/25/uruguay-and-paraguay-buck-latin-america-coronavirus-trend.*

[32] Tuit, Fiscalía Paraguay: "Coronavirus: Fiscalía imputó a 3 320 personas en todo el país por violación a la cuarentena", 15 de junio de 2020, disponible en: *https://twitter.com/MinPublicoPy/status/1272591940207468546?s=20.*

[33] Esteva Gallichio, Eduardo, "La vía jurídica uruguaya", en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia Sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado,* UNAM, 2020, pp. 191-201, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6195/3a.pdf*

de la autonomía de la voluntad: *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe"*.

Por su parte, el artículo 1 del Código Penal paraguayo contiene a la vez un principio de legalidad penal: "Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción". Es decir, si no está en la ley, nadie puede ser sancionado penalmente.

Sin embargo, pese a esta interconexión estricta y excluyente, entre libertad, Constitución y ley, sin que se pueda por otro medio normativo establecer algo diferente en dicha relación jurídica el Poder Ejecutivo paraguayo promulgó, por ejemplo, el Decreto 3619, de fecha 24/05/20, que en el artículo 17 establece: "El incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en este decreto será sancionado conforme a las disposiciones de la Ley N° 836/1980, Código Sanitario, la Ley N° 716/1995, "Que sanciona los delitos contra el medio ambiente", el Código Penal vigente y demás leyes aplicables".

En efecto, en dicho decreto los 16 artículos anteriores contienen una serie de medidas sanitarias que fueron establecidas unilateralmente y en base a su propia discreción por el Poder Ejecutivo. Con ello, prácticamente, el Poder Ejecutivo le dijo a la ciudadanía paraguaya, estas son las medidas por decreto (no por ley) que Uds. tienen que acatar y si no cumplen serán sancionados penalmente, lo cual incluye la pérdida de la libertad personal. Es decir, toda la regulación sobre la libertad personal quedó en forma inaudita a cargo de un solo poder del Estado. Y justo, del que no tiene competencia para ello.

El problema se agrava cuando el Ministerio Público, la Fiscalía General de la República, una institución que goza de autonomía funcional y que de acuerdo al artículo 266 de la Constitución debe ejercer sus deberes y atribuciones conforme a la ley, se aparta de este mandato constitucional de someterse a la legalidad, y en forma errada se somete a un decreto, una norma interna de un Poder del Estado, una norma infra-legal. El Ministerio Público toma este decreto como un mandato de actuar, con lo cual viola su propio principio de legalidad para ejercer sus funciones autónomas. La Fiscalía no puede recibir una orden para actuar por medio de un Decreto del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo, por su parte, no le puede decir al Ministerio Público lo que tiene que hacer. El Ministerio Público solamente puede iniciar una persecución penal por violación a la ley penal y por un

mandato legal. Fundamentar en un decreto el inicio de una imputación penal es, simplemente, una aberración legal y un actuar inconstitucional.

En marzo pasado todavía era peor la situación, pues la Fiscalía empezó a actuar e imputar a las personas en virtud de una resolución ministerial con la firma de una sola persona, el Ministro de Salud Pública. La resolución 99 del 17/03/20 del Ministerio de Salud Pública fue la primera disposición en ese sentido, que le decía a la Fiscalía, nosotros establecemos las medidas sanitarias, Uds imputen a los violadores, después vinieron varios decretos sucesivos.

Hay que señalar que el Poder Ejecutivo sí puede establecer medidas sanitarias, que en líneas generales son reglas de conducta, pero a la vez hay que diferenciar entre reglas de conducta sanitarias y reglas de conducta penales. Así, el Ministerio de Salud Pública tiene competencia para establecer reglas de conducta en relación a la prevención y mitigación de una epidemia, pero no tiene competencia de establecer por sí mismo reglas de conducta que sean el tipo penal que recibirá una sanción de restricción de libertad. El Ministerio de Salud Pública y el propio Poder Ejecutivo abusan de sus competencias e invaden al campo de las competencias exclusivas del Poder Legislativo. Los artículos constitucionales citados y el artículo 1 del Código Penal son clarísimos en materia de legalidad. Por ejemplo, una cosa es decir, a la entrada de un supermercado los ciudadanos guardarán una distancia mínima de un metro y medio para no contagiarse. Otra cosa es decir, qué violación de una medida sanitaria recibirá una sanción penal, lo cual corresponder al Poder Legislativo y esta función no puede ser delegada.

Por otro lado, se podría argumentar, que el Poder Ejecutivo solo señaló la ley donde estaba la sanción. Por ejemplo, la Ley Nº 716 / que sanciona delitos contra el medio ambiente que en su artículo 10 establece: "Serán sancionados con penitenciaría de seis a dieciocho meses y multa de 100 (cien) a 500 (quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas: b) Los que violen las vedas, pausas ecológicas o cuarentenas sanitarias".

Pero, asimismo cabe recordar que en virtud del artículo 11 de la Constitución *"Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediante las causas y en las condiciones fijadas por esta constitución y las leyes"*. La única cuarentena que podría enviar presa a la gente es aquella cuarentena fijada por Ley, no por decreto ni resolución ministerial. En Paraguay, tras más de 100 días de aislamiento general preventivo, en el lenguaje del Ejecutivo y sus nomas, en realidad no se cuenta con una cuarentena fijada por ley dictada por el Poder Legislativo. En el mismo sentido, cabe recordar que restringir derechos

constitucionales no es función de Poder Ejecutivo, sino del Poder Legislativo.

La pérdida de la libertad en tiempos de cuarentena adquiere también un perfil político y de persecución. Como se señaló más arriba, la corrupción recrudeció durante la pandemia. Debido de ello, activistas sociales reconocidos internacionalmente como la abogada Maria Esther Roa,[34] cuyo trabajo tuvo repercusión en *The New York*[35] Times, iniciaron una seria de movilizaciones y manifestaciones contra los funcionarios públicos corruptos. Ello le costó, que un Fiscal[36] la impute por un cargo inventado durante la cuarentena y no existente legalmente: "violación de la cuarentena por aglomeración". Lo cual demuestra, el nivel de deterioro de las instituciones que están al servicio de los corruptos y persiguen a los ciudadanos libres.

En otro caso similar, el empresario gastronómico Juan Galeano Grassi, que protestó por las restricciones al ejercicio de sus derechos y por convocar manifestaciones contra la corrupción también fue imputado por la Fiscalía. El sostuvo en twitter "Sr. Presidente @MaritoAbdo. Mientras los ladrones que saquearon el @msaludpy siguen libres y el país se va por la borda económicamente, el @MinPublicoPy me imputa por haber convocado a una caravana contra la corrupción e impunidad. Pueden imputarnos a todos, no vamos a parar".[37]

Aparte de ello, si entramos a analizar desde un enfoque constitucional y de protección de derechos el proceso penal a que son sometidos los supuestos violadores de la cuarenta la situación se vuelve más grave. Los ciudadanos paraguayos no solo pierden su libertad, sino que quedan atrapados en un sistema burocrático y discrecional, que como en tiempos de la inquisición deben "confesar sus delitos" si es que quieren salir rápidamente y de la mejor manera de esa pesadilla, por supuesto, no olvidemos que tendrán que poner mucha dinero encima como reparación. Rápidamente, es un decir, pues el fiscal o los fiscales de entrada solicitan de 4 a 6 meses de tiempo para presentar el requerimiento conclusivo. Luego, podría venir una sentencia que tenga a los imputados sujetos a controles judiciales durante uno a tres años. El artículo 22 del Código Procesal Penal establece que al resolver la

---

[34] Maria Esther Roa denunció en Twitter su injusta imputación: *https://twitter.com/MariaERoa0/status/1269345091468120065?s=20.*

[35] In Paraguay, Fighting Graft With Eggs and Toilet Paper, The New York Times, 22 de abril de 2020, disponible en: *https://www.nytimes.com/2019/04/22/world/americas/paraguay-corruption.html?auth=login-email&login=email.*

[36] Fiscal imputó a abogada por violación de la cuarentena sanitaria, disponible en: *https://twitter.com/MinPublicoPy/status/1270502862833975304?s=20*

[37] *https://twitter.com/JuangGrassi/status/1273987325438164993?s=20*

suspensión del procedimiento el juez fijará un plazo de prueba de que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

Recordemos que, tras la imputación, probablemente se tomen salidas alternativas al juicio penal ordinario, como ser *suspensiones condicionales del procedimiento*, donde el imputado acepta los cargos, y ahí se negocian donaciones entre la defensa y la fiscalía y para concluir se fijan reglas de conducta. Un procedimiento abreviado, donde también se abren las puertas a la corrupción y a la arbitrariedad y despotismo de los Fiscales. Por supuesto, existe una supervisión de un juez penal, pero si ya todo llega a su mesa como un acuerdo, ¿por qué el juez desatará el acuerdo?

V. A manera de conclusión

La emergencia sanitaria, analizada desde un punto de vista constitucional, tiene trazos de ser un proceso de delegación legislativa que favorece el predominio del Poder Ejecutivo en violación al principio de división de poderes.

El Poder Ejecutivo ha acumulado durante el COVID-19 facultades extraordinarias para suspender derechos constitucionales, sin que el Poder Legislativo ni Judicial realicen un control sobre sus acciones. Asimismo, el Poder Ejecutivo ha acumulado facultades extraordinarias para elaborar y modificar el Presupuesto General de la Nación, sin que cuente con ningún control parlamentario eficaz, asignando los rubros y recursos públicos según su único arbitrio y discreción. Asimismo, procedido a endeudar al Estado paraguayo por 1 600 millones de dólares americanos, sin que se sepan el manejo de dichos fondos. Básicamente, no se ha visto en el sistema político de Paraguay tanta acumulación de poder desde la dictadura de Stroessner, Todo esto representa sin duda un estado de alarma constitucional.

Estos déficits en materia institucional y en el campo de las libertades permiten catalogar el régimen político paraguayo como una "democracia iliberal.

VI. Fuentes bibliográficas

Boidi, María Fernanda y Zechmeister, Elizabeth J., *Cultura política de la democracia en Paraguay y en las Américas, 2016/17, Un estudio comparado sobre democracia y gobernabilidad.* USAID-Vanderbilt, 2018.

Corrales, Javier, "¿La democracia latinoamericana puede resistir al autoritarismo populista?", *The New York Times,* 06/11/18.

ESTEVA GALLICHIO, Eduardo, "La vía jurídica uruguaya", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia Sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado,* UNAM, 2020.

FLECHA, Víctor Jacinto y MARTINI, Carlos, *A treinta años del golpe. Autoritarismo y Democracia en Paraguay,* Asunción, Servilibro, 2019.

GORDILLO, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo,* t. 8, Madrid, 1984.

Índice de percepción de la corrupción de 2019 de Transparencia Internacional.

La Libertad en el Mundo 2019 de Freedom House.

MENDONCA, Daniel, *Corrupción: un estudio sobre la corrupción en Paraguay,* Paraguay, Intercontinental Editora, 2005.

MENDONÇA, Daniel, *Democracia vulnerable: un estudio sobre el sistema político paraguayo,* Asunción, Intercontinental Editora, 2010.

MENDONÇA, Daniel, *Paraguay. Las sombras de la democracia,* Asunción, Intercontinental Editora, 2019.

MORENO RODRÍGUEZ A., Diego, "Constitución, emergencia sanitaria y restricción de derechos en Paraguay en el inicio de la pandemia", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia Sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado,* UNAM, 2020.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "El interés general en el Derecho Administrativo: Notas introductorias", *Aída Ópera Prima de Derecho Administrativo*, año 6, opus núm. 11, enero-junio de 201.

SÁNCHEZ GÓMEZ, José Tomás y GONZÁLEZ BOZZOLASCO, Ignacio (eds.), *Reflexiones sobre política paraguaya,* Terere cómplice, Asunción, 2020.

SEGURA, Francisco (coord.), *Impacto del Coronavirus en el Derecho Paraguayo,* Paraguay, Intercontinental Editores, 2020.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, "El impacto del COVID-19 en el sistema político paraguayo: ¿Hacia una "democracia iliberal?", en ARCARO CONCI, Luiz Guilherme (organizador), O Direito Público em tempos pandêmicos. 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, "25 años de la Constitución de 1992", en *Comentario a la Constitución. Homenaje al Vigésimo Quinto Aniversario,* Paraguay, Corte Suprema de Justicia, 2018, t. V.

SMITH, Peter H. y ZIEGLER, Melissa R., "Democracias liberal e iliberal na América Latina", *Latin American Politics and Society*, vol. 50, núm. 1, 2008. Misma publicación en portugués: *Opinião Pública*, vol. 15, núm. 2, Campinas, noviembre de 2009.

SMITH, Peter H., *La democracia en América Latina,* Madrid, Marcial Pons, 2009.

The Economist Intelligence Unit's Democracy Index.

ZAKARIA, Fareed, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre de 1997.

BREVE SÍNTESIS CURRICULAR DE LA EDITORA Y AUTORES/AS

Renaud BOURGET. Catedrático de Derecho Público en la Facultad de Derecho y de Ciencia Política de la Universidad de Niza Costa Azul (UCA). Ha sido durante varios años profesor invitado en la Universidad de Navarra y en la Universidad de Barcelona y lo es actualmente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Santo Tomas, así como conferencista y experto en diversas universidades e instituciones colombianas, venezolanas, argentinas, mexicanas, peruanas, bolivianas, brasileñas, dominicanas, italianas, españolas. Presidente del IIDC-Francia, es autor, entre otros escritos, de *La clemencia en la ciencia jurídica. Ensayo de dogmática jurídico-comparada sobre la amnistía y el indulto*, pref. de L. BURGORGUE-LARSEN, Bogotá, Temis, 2018; y de *La science juridique et le droit financier et fiscal. Etude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXe et XXe siècles)*, pref. de E. SIMÓN ACOSTA, col. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 112, París, Dalloz, 2012.

Eduardo Gregorio ESTEVA GALLICCHIO. Investigador Asociado de la Universidad de Montevideo. Investigador (A) Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación. Antiguo Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Público en universidades uruguayas. Presidente de la Sección Uruguaya del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Director General del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional. Director-Editor-Fundador de la "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político".

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA. Decano emérito e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Derecho Público de Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid. Doctor en Fi-

losofía de la Universidad de Salamanca. Docente invitado en las Universidades de: Paris II Pantheom Assas – Paris, Paris I Pantheon Sorbonne, del Rosario – Bogotá, Libre Bogotá, de Medellín, Militar Nueva Granada, entre otras. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, así como del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Arbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Múltiples publicaciones de libros, capítulos de libros y artículos en revistas científicas, tales como: Contratos Administrativos, Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación, Derecho Procesal Administrativo, Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo, Acciones o Pretensiones Contencioso Administrativas, Aspectos novedosos de la contratación estatal y de la responsabilidad del Estado, El contrato como acto administrativo: una nueva teoría que determina su control de legalidad, Los contratos de asociación o contratos plan, La falla en el servicio: una imputación tradicional de la responsabilidad del Estado, Control de legalidad de los actos precontractuales, Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, Les débats autour d'une nouvelle théorie du contrat en droit public colombien: Sa nature juridique et son contrôle de légalité, La resiliation unilaterale du contrat administratif en France; entre otras publicaciones

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN. Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, con Mención *Cum Laudem*. Investigadora Titular "C" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Participa en Comisiones Especiales y Grupos de Expertos tanto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en el Servicio Social Internacional. Mediadora Certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora Externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Es miembro de la *International Academy of Comparative Law* (IACL), miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC), miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP) y miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), entre otras asociaciones. Autora de 22 libros de propia autoría/coautoría, 40 libros coordinados y/o compilados y más de dos centenares de artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Académica visitante *Stanford Law School*, Stanford

University, California, Estados Unidos, 2012-2016 y 2018. Desde 2015 es JAMS Fellow y a partir de 2018 es *Senior Weinstein Fellow* de la *Weinstein International Foundation* (WIF). Entre sus galardones se encuentran: Premio Altamirano 2002 (IIJ-UNAM). Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en el área de Investigación en ciencias sociales 2008. Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz, 6 de marzo de 2020.

Antonio María HERNÁNDEZ. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesor titular plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la UNC. Profesor honorario de la UBA y Postdoctoral Senior Fellow de la Universidad del Estado de Nueva York en la Buffalo Law School. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo del instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales (IACFS). Exmiembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL). Fue vicepresidente de la Comisión de Redacción de la Convención Nacional Constituyente de 1994. También fue Convencional Constituyente de la Provincia de Córdoba en la reforma de 1987 y presidente de la Convención Municipal Constituyente de la Ciudad de Córdoba en 1995. Fue concejal electo en la Municipalidad de Córdoba en 1983, subsecretario de Gobierno de la Provincia de Córdoba en 1983, diputado provincial de la Provincia de Córdoba en 1987 y diputado de la Nación en 1991. Candidato a la Vicepresidencia de la República por la UCR en 1995. Autor y coautor de más de cincuenta libros en derecho constitucional, federalismo, constitucionalismo provincial y derecho municipal. Ha pronunciado más de 700 conferencias y exposiciones en universidades del país y del extranjero. Personalidad destacada de las Ciencias Jurídicas por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2017. Premio Justicia 2017 de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Premio de ADEPA en abogacía por sus artículos periodísticos en 2011 y por su labor constituyente a favor de la libertad de prensa en 2019.

Adelina LOIANNO. Profesora titular de Derechos Humanos Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Universidad de Ciencias Empresariales

y Sociales. Profesora titular de Derecho Constitucional Universidad Abierta Interamericana. Profesora adjunta regular de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Investigadora de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho UBA. Subdirectora del Curso de Posgrado de Actualización en Derecho del Arte y Legislación Cultural Facultad de Derecho UBA. Presidenta del Comité de Ética de la Universidad Abierta Interamericana. Vicepresidenta de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

Sebastián RODRÍGUEZ ROBLES. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Ha realizado estudios de Especialización en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. En el Órgano Judicial de la República de Panamá ha ocupado los cargos de asistente de magistrado de la Corte Suprema de Justicia y magistrado del Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial. Profesor de Derecho Constitucional, invitado en la Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente es presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Panamá.

Daniel Alberto SABSAY. Profesor titular de Derecho Constitucional y director de la Carrera de Posgrado Especial de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE. UU.) e Internacional de Andalucía (España). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Entre sus obras escritas se destacan: "La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994", "La Constitución de los Porteños", "Manual de Derecho Constitucional", Editorial La Ley. Ha sido condecorado por el Gobierno de Francia en dos oportunidades con las insignias de "Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito" y Premios Buenos Aires – Pen Club, Justicia 2010 Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y Security 2012 por su contribución al desarrollo de las ciencias jurídicas en Argentina. Per-

sonalidad destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires. Ley 4743, 2013. Premio Konex 2016 en la categoría de Derecho Constitucional.

Jorge SILVERO-SALGUEIRO. Jurista paraguayo. Investigador jurídico independiente. Miembro de la New York City Bar Association e integró la Comisión de Asuntos Interamericanos (2015-2017). Investigador visitante, School of Law, Fordham University, New York, USA, 2013-2014. Investigador visitante, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2007-2012. Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Universidad Católica de Paraguay, 2000-2003. Estudios de Maestría (LL.M., 1995) y Doctorado en Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Heidelberg, Alemania con una beca de estudios de la institución alemana KAAD. Pasantías de investigación como alumno de maestría y doctorado en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional con sede en Heidelberg (1995-1999).

Diego VALADÉS. Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM y doctor en derecho con premio extraordinario por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y del Sistema Nacional de Investigadores. Premio Nacional de Jurisprudencia y Premio Nacional de Artes y Literatura en el campo de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía. Miembro de El Colegio Nacional, El Colegio de Sinaloa, la Academia Mexicana de la Lengua y la Academia Mexicana de Ciencias; miembro honorario del Seminario de Cultura Mexicana; correspondiente de la Real Academia Española, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina; académico de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia. Volumen V. Reflexiones comparadas, coeditado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, se terminó de imprimir el 28 de octubre de 2021 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 72 2199 1345. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Su tiraje consta de 600 ejemplares (impresión *offset*).

La obra *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia, volumen V. Reflexiones comparadas*, reúne un total de siete artículos y ocho autores/as, los cuales abordan y, por ende, nos permiten visualizar el impacto de la pandemia desde la perspectiva de diferentes países de Latinoamérica, tales como Argentina, Colombia, Panamá, Paraguay, Uruguay, así como Francia.

De todos es sabido que el mundo jamás enfrentó una pandemia simultánea a nivel global como la que nos trajo el virus SARS-CoV-2. Y así es, ésta es una de las pautas que más caracteriza la situación creada por la enfermedad de COVID-19, a la cual se le agrega una falta de preparación para afrontar la misma, con efectos económicos, sociales, políticos y, por supuesto, de salud. Precisamente como una mano extendida que ofrece apoyo, presentamos una colección de cinco volúmenes que busca hacer eco de los problemas más acuciantes y solidarizarse con los más desfavorecidos, porque el mundo cambió y no necesariamente para mejor.

www.juridicas.unam.mx

ISBN 978-607-30-4964-1