

DERECHOS FUNDAMENTALES Y NORMAS DE EMERGENCIA

Por Mauricio Goldfarb¹

INTRODUCCIÓN

Parece estar fuera de toda discusión que vivimos tiempos excepcionales. La vertiginosa difusión del COVID-19 ha generado un cambio en las realidades y las expectativas a nivel personal, familiar, profesional y social, a escala global. Verdaderos expertos en crisis, los argentinos nos vemos sorprendidos con la magnitud de los desafíos de todo tipo que implica este momento. Y es que nuestro país, habituado a repetidos ciclos de bonanzas seguidos de crisis económicas más o menos agudas —que a su vez provocan crisis políticas e institucionales— carece de la experiencia previa (al menos reciente) en una situación de posible catástrofe sanitaria y social como la que nos toca atravesar.

Pero la gravedad y la novedad del desafío no nos exime de buscar soluciones, en nuestro caso, desde el derecho y, en particular desde la óptica del derecho administrativo. Es difícil vivir este presente, pero estoy convencido de que es necesario pensar cómo superarlo y delinear algunas pautas para la evaluación de la legitimidad de las numerosísimas normas dictadas en este contexto.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho. Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Solo en el orden nacional, desde el inicio de la crisis a mediados de marzo y de acuerdo al Digesto Emergencia Sanitaria,² el Poder Ejecutivo Nacional lleva ya dictados —al 25/05/20— 32 decretos de necesidad y urgencia. Estos decretos regulan temas que van desde el aislamiento social preventivo y obligatorio y sus sucesivas prórrogas, a la prohibición de despidos y suspensiones sin justa causa, la modificación del presupuesto, la prohibición de ingreso al país, la modificación del listado de enfermedades profesionales, la creación del Programa de Asistencia al Trabajo, la instauración del Ingreso Familiar de Emergencia, el diferimiento de los vencimientos de la deuda pública, la suspensión de los desalojos, la prórroga de los contratos de alquiler, el congelamiento de las cuotas de hipotecas, la suspensión del cierre de cuentas bancarias y la prohibición de corte de servicios domiciliarios en caso de mora o falta de pago. A tan imponente y aún inacabado cuerpo normativo se deben agregar, además, las numerosas decisiones administrativas del Jefe de Gabinete —en quien el Poder Ejecutivo delegó importantes competencias— y las también múltiples normas de emergencia dictadas por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³

El objeto de este trabajo —que de ningún modo cuestiona la preservación de la vida y la salud como objetivos primordiales de toda actividad estatal— es exponer algunas ideas respecto del control de la validez de las normas dictadas en la emergencia, especialmente de aquellas que afectan derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, entendemos que resulta necesario plantear una guía para examinar ahora —y sobre todo en un futuro próximo— la legitimidad de tantas y tan variadas innovaciones normativas.

² Consulta realizada el 27/05/2020. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf

³ La multiplicidad y complejidad de la normativa dictada en un lapso tan corto nos recuerda a las tristes épocas del “corralito” (2001/2002). Y como en ese caso, parece probable que los conflictos judiciales recién tengan una solución definitiva mucho tiempo después.

LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Las más importantes normas dictadas en el marco de la emergencia han asumido la forma de decretos de necesidad y urgencia, por lo que conviene realizar un breve repaso de los aspectos más sobresalientes de este instituto de excepción.

Los decretos de necesidad y urgencia son un tipo de reglamento administrativo, dictados por el Poder Ejecutivo Nacional ante situaciones graves y cuya urgencia impiden esperar el trámite normal de las leyes. Si bien existen algunos antecedentes —algunos de ellos muy importantes— de decretos de necesidad y urgencia, estos reglamentos recién tuvieron una regulación expresa a partir de la reforma constitucional de 1994.

El artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional establece que:

Artículo 99. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones [...]

Inciso 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. Esa Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Si bien la regla es claramente restrictiva y de excepción (“*no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”) lo cierto es que la autorización constitucional ha servido en la práctica para que el Poder Ejecutivo—invocando la existencia de una grave necesidad y urgencia— utilice esta vía para emitir numerosas normas de carácter legislativo.⁴

Este tipo de decretos posee también exigencias procedimentales o de forma: debe ser firmado en acuerdo general de ministros remitido por el jefe de gabinete de ministros dentro de los 10 días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, para que ésta se expida y eleve su despacho al pleno de ambas cámaras.

La Constitución Nacional estableció otra restricción sustancial: hay cuatro materias prohibidas para el Ejecutivo en las que, ni aun cuando concurren razones de verdadera urgencia y necesidad, puede inmiscuirse en la competencia legislativa. Ellos son: materia penal, tributaria, régimen electoral y de los partidos políticos. Como enseña Gelli, estas dos últimas materias prohibidas eran fruto de la desconfianza reinante entre los dos mayores líderes partidarios al tiempo de la reforma (Alfonsín y Menem).⁵

La ley especial prevista en la última parte del artículo tardó más de 12 años en ser sancionada. Pero el tiempo de retraso no significó una mejor regulación de la materia. Y es que la Ley 26.122 ha sido objeto de fundadas críticas por la escasez del control sobre los decretos del Poder Ejecutivo; basta con que una sola de las Cámaras no rechace la norma, incluso sin siquiera tratarla, para que el decreto mantenga su validez; no pueden introducirse modificaciones al texto original; y todo el procedimiento aparece orientado a confirmar la decisión presidencial. Es tan evidente la labilidad del control legislativo que, desde 1994, ni uno solo de los casi 800 decretos de necesidad y ur-

⁴ En los últimos 30 años se han dictado 788 DNU. Ver <https://chequeado.com/el-explicador/los-dnu-de-macri-cuales-son-los-presidentes-que-mas-usaron-esta-herramienta/>

⁵ GELLI, M. (2010) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires: La Ley, Tomo II, pág. 367.

gencia dictados por el Ejecutivo ha sido rechazado por el Congreso de la Nación.

Los decretos de necesidad y urgencia se hallan, como todo acto estatal, sujetos al control de su legalidad y razonabilidad por parte del Poder Judicial. Si bien la Corte Suprema ha asumido distintos grados de amplitud del control —desde algunos muy restringidos en *Peralta y Rodríguez*, hasta otros muchos más amplios en *Video Club Dreams*, *Verrochi*, *Provincia de San Luis* y *Consumidores Argentinos*—⁶ su doctrina actual admite el ejercicio de esta potestad bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales. Según la doctrina del máximo tribunal, para que se admita válidamente esta facultad tan extraordinaria, es necesario que: 1) sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, porque el Congreso no pueda sesionar por circunstancias de fuerza mayor (como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales); 2) la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal, que requiera un remedio inmediato, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes; 3) la solución sea razonable, en el sentido de adecuación de medios a fines y que no existan medios menos gravosos para garantizar los fines buscados; y 4) la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU LIMITACIÓN

Sea que se trate de decretos de necesidad y urgencia o de otro tipo de normas, en el estado actual de la evolución del derecho (y en particular del derecho administrativo) el punto de partida del análisis sobre la legitimidad y validez de estas normas de excepción debe ser siempre el de los derechos de los ciudadanos. La tarea de los doctrinarios como justificadores del poder y sus prerrogativas ha quedado decididamente obsoleta.

⁶ Fallos 313:1513; 318:1154; 320:2851; 322:1726; 323:1566 y 326:417.

Cualquier norma que implique una limitación a los derechos y garantías reconocidos en el bloque normativo superior (Constitución Nacional, Tratados y leyes federales) solo puede tener fundamento en el deber de garantizar otros derechos y en la mayor amplitud posible de la libertad y la dignidad humana. Como señala Balbín, la dicotomía poder-libertad ha sido superada por el diálogo y la debida consideración de los derechos de los ciudadanos en relación a otros derechos, ya sea individuales o colectivos.⁷

Como también destaca Gelli, el artículo 14 de la Constitución, junto con el 19 “constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1853/60 y son la consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona”.⁸ El propio artículo 14 establece el principio de que los derechos no son absolutos, sino que pueden ser regulados o limitados por la ley. Esta regulación debe ser realizada por el órgano constitucionalmente habilitado (el Congreso de la Nación) y sin que la reglamentación implique la degradación o desaparición del derecho (arg. artículo 28 de la Constitución Nacional).

Éstas son las reglas en materia de regulación de los derechos en tiempos de normalidad. ¿Cambian estas reglas ante una situación de emergencia? La doctrina y la jurisprudencia han aceptado que las restricciones a los derechos pueden ser temporalmente más restrictivas con motivo de situaciones de grave caos social o económico, construyendo toda una teoría de la emergencia pública cuyo tratamiento excede el marco de este trabajo.⁹ Incluso ya hemos visto que, desde el punto de vista del sujeto, el Poder Ejecutivo puede asumir temporalmente la facultad de dictar normas de rango legislativo de

⁷ Balbín, C. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 279.

⁸ Gelli, M. (2010) *op. cit.*, Tomo I, pág. 83.

⁹ Pueden consultarse los muy completos suplementos de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre Emergencia Económica disponibles en https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom
https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom2

carácter urgente, siempre que se cumplan con las pautas sustanciales y procedimentales que vimos en el apartado anterior.

Sin embargo, estas mayores restricciones deben cumplir con algunos requisitos para su validez. El primero es justamente el de la temporalidad. Las normas dictadas para atravesar un momento excepcional no pueden cristalizarse en el tiempo y adquirir carácter permanente, más allá de lo estrictamente necesario. En este sentido, es importante recordar que no se ha declarado el Estado de Sitio, y que tampoco se ha cumplido con la comunicación prevista en el artículo 27, inciso 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

Otro aspecto a considerar es que la restricción no puede significar una degradación o desconocimiento total del derecho o que constituya una restricción irrazonable, en tanto inadecuación de medios a fines, por ejemplo, por una prolongación excesiva en el ámbito temporal o territorial de las medidas.

Las restricciones excepcionales tampoco pueden violar el principio de igualdad de las cargas públicas, ni imponer un sacrificio especial y particular que no genere el deber de reparar. En relación a

¹⁰ Artículo 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

la distribución equitativa de los sacrificios, tampoco puede desestimarse el establecimiento de categorías o distinciones (por personas, por región o por actividad) siempre que las clasificaciones no sean arbitrarias o discriminatorias.

Es oportuno recordar las sabias palabras de Gordillo:

No pueden los juristas partir del poder del Estado como noción fundante de un sistema [...]. Deben pues, si explican el sistema jurídico de nuestro país, partir de los derechos de los individuos, que son la base del sistema democrático de gobierno. Podrá haber limitaciones a tales derechos y las habrá, sin duda, pero el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación, para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones.¹¹

A MODO DE COLOFÓN

Resulta difícil llegar a conclusiones sobre la materia, cuando vivimos tiempos tan extraordinarios, todavía lejos de concluir. Parece claro también, que las soluciones no pueden ser las mismas que para los tiempos comunes, especialmente cuando se trata de preservar los primeros derechos: la vida misma y la salud de los ciudadanos.

Pero en la elección y evaluación de estas soluciones de excepción, contamos con una guía que ni siquiera en este trance debemos abandonar: la Constitución Nacional. De acuerdo a nuestra Carta Magna, es el Congreso de la Nación el órgano encargado de fijar los límites a las libertades, tanto en tiempos normales como en la excepcionalidad. No es admisible, ni jurídica, ni moralmente que la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores —habiendo transcurrido casi 3 meses desde el inicio de la crisis— hayan sesionado solo una vez, y para colmo, al solo efecto de ratificar, sin asumir las propias responsabilidades, todas las decisiones del Poder Ejecutivo.

¹¹ Gordillo, A. (2013), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 205.

Aun en el marco de la emergencia (sanitaria, económica o social), debemos recordar la vigencia de los artículos 14, 16, 17, 18 19 y 28, y su interpretación siempre a favor de los derechos de los ciudadanos debe ser la regla. El norte de toda acción estatal debe siempre estar orientado a la mayor vigencia de la libertad y la dignidad de las personas. Por esto, toda restricción fundada en la emergencia debe estar claramente justificada y basada en una norma legal y razonable, interpretada además siempre de acuerdo al principio *pro homine* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 26 y 29, inciso b).

La protección del interés general no puede significar el total desconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente en relación a los grupos más vulnerables (ancianos, peronas con discapacidad, niños) que, por el contrario, deben ser especialmente protegidos tanto en tiempos de normalidad como, con mayor razón, en tiempos de excepcionalidad. Por eso, la gravedad de la situación exige un delicado equilibrio en las decisiones, para que la tutela de los derechos colectivos no derive en afectaciones (innecesarias) de los derechos individuales.

En el caso de los decretos de necesidad y urgencia, como actos administrativos en sentido amplio, gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Pero por su clara naturaleza excepcional y discrecional requieren de una adecuada motivación. Y es que discrecionalidad no es, en modo alguno, sinónimo de arbitrariedad.

A los fines del adecuado contralor de la ciudadanía —y eventualmente del Poder Judicial, cumpliendo su rol constitucional— es necesario que se expresen con toda claridad los motivos que llevan a la adopción de las medidas de restricción. Solo así estas medidas de emergencia serán válidas, en tanto respeten los límites sustanciales y procedimentales previstos en la Constitución Nacional y las normas convencionales y legales de máxima jerarquía.