



# DERECHO EN CRISIS Y DERECHO FRENTE A LA CRISIS

**DR. MARTÍN IGNACIO CÁCERES**

SECRETARIO DE GOBIERNO Y GESTIÓN PROGRAMÁTICA DEL SERVICIO PÚBLICO PROVINCIAL  
DE DEFENSA PENAL DE SANTA FE



*La actual pandemia de COVID 19, las emergencias subsiguientes (y previas) y demás normas reglamentarias conforman un contexto único en el cual los operadores de justicia debemos continuar con la prestación de un servicio que esencial.*

*Las líneas que siguen presentan algunas de las dificultades que esa pretensión presenta, y refrenda los límites que no debiéramos olvidar en un Estado Constitucional Republicano y Democrático de Derecho.*

## **1. Introducción**

La actual pandemia de COVID 19, su declaración como tal, emergencias subsiguientes (y previas) y demás normas reglamentarias conforman un contexto único en el cual los operadores de justicia debemos continuar con la

prestación de un servicio que –estimo, a título personal, pero sin duda alguna– resulta esencial en un Estado Constitucional Republicano y Democrático de Derecho.

Nuestras funciones se ven alteradas. A la vez que son continuidad de prácticas precedentes, mutan, atravesadas por las exigencias del contexto; y las certezas –apropiadas o fruto de la irreflexibilidad de las costumbres– de nuestros quehaceres cotidianos entran en crisis.

Repensar las mismas es una tarea titánica que se impone en un contexto de urgencias y de incertidumbres que se acentúan. Mientras observamos una proliferación sin precedentes de normas de emergencia; una pluralidad de ordenes normativos (se solapan normas convencionales, constitucionales, legales; con normas especiales del Poder Ejecutivo Nacional a través de sendos DNU, de inferior jerarquía mediante órdenes ejecutivas de la Jefatura de Gabinetes de Ministros y decretos de Ministerios varios, Decretos Provinciales, Decretos Municipales y Ordenanzas de igual jerarquía); nos enfrentamos a una indeterminación fáctica sobre circunstancias generales: qué es, cómo se manifiesta, cómo se contagia y cómo se previene la enfermedad en cuestión; que pone en crisis nuestra esperanza ilimitada en las ciencias.

Volvamos a los tópicos básicos, los lugares comunes, porque es donde anidan los consensos más básicos para repensar el espacio que nos corresponde a los operadores del Poder Judicial en este entuerto. En esta crisis, en toda crisis, en la constante excepción, se pone en juego la normalidad.

La «nueva normalidad» hoy tan mentada, si la hubiera en el futuro próximo, espero sea el producto de la razón y no del temor o del impulso del poder. En la historicidad de nuestra constitución viva<sup>1</sup>, en la negociación con el gobierno de los muertos y la humana tensión por la Justicia que guía los corazones de los distintos operadores construimos este pequeño pedazo de historia.

Y tengo para mí, que el azar, el tiempo y las circunstancias –en términos de la filosofía nacional– nos han reservado una página de especial trascendencia:

#### CITAS

<sup>1</sup> Aquella de la que hablaba con tanta claridad nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando recordaba que «el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, «impregnada de realidad argentina», a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación» (CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo», cita a Fallos: 178:9).

<sup>2</sup> GUIBOURG, RICARDO; La función Judicial, Revista Pensar en Derecho N° 6, Eudeba, Julio 2015.

damos luz a un sistema judicial nuevo que ha llegado a la sociedad, como todo crío, cargado de expectativas.

En esa empresa, articulando las incertezas con la formación jurídica, podemos organizar los siguientes grupos de preguntas que, entiendo, nos permitirán organizar respuestas frente a cada caso concreto:

## **2. ¿Qué rol corresponde a la Magistratura frente a las disposiciones tomadas por otros poderes del Estado?**

El ideal republicano es un poder judicial independiente, imparcial, honesto y capaz, que decida las causas de conformidad con el derecho y sirva de contrapeso a los otros dos poderes mediante el control de constitucionalidad.<sup>2</sup>

Hoy día, el modelo teórico con el que se explican los Estados Constitucionales presenta diversos matices, pero algunos núcleos mínimos. Propongo un breve racconto histórico y una posterior delimitación de las características centrales del modelo neo constitucional para determinar el rol de la Magistratura.

### **2.1. Del Estado Legal al Estado Constitucional**

Es sabido que el actual modelo de Estado, entendido como Estado Constitucional de Derecho responde a una naturaleza distinta de aquella que se contemplara como Estado de Derecho a secas (o Estado Legal de Derecho).

El último, venía a conceder pre – eminencia a la protección del ciudadano frente al soberano –esto es, aquél que tenía la autoridad suprema y que no reconocía otros límites que no fueran o bien divinos, o bien propios de su voluntad cambiante– y, puntualmente, frente a la arbitrariedad del soberano que expresa la clásica expresión de Luis XIV «*L'état ce moi*»; frente a ello, el sometimiento del soberano a la Ley que implicaba entonces una forma de poder trascendente e impersonal, era sin dudas un avance destacable.

Detrás de ello, las monarquías crujen. El Poder divino o hereditario de los Reyes se cuestiona, y gradualmente, el germen de la soberanía se invierte y en lugar de devenir de lo divino hacia el ungido, trepaba por las manos del pueblo hacia el depositario.

La Revolución Francesa, o con más precisión, la Asamblea Nacional, promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), y tres años más tarde el voto universal (masculino) para culminar aboliendo la esclavitud.

El pacto fundacional de la República<sup>3</sup>, venía entonces a fijar las bases sobre las cuales luego el legislador habría de definir las reglas de juego en la sociedad democrática. Es la ley el nuevo asiento de la voluntad del Estado, y con ello, el Poder Legislativo aquel que cargaba la pluma del (o por el) pueblo.

De ahí que el movimiento «Constitucionalista» pudiera ser catalogado –como lo hace Sagües<sup>4</sup>– como un sistema nomocrático que procura una racionalización del poder. Se reduce a la idea del gobierno de las leyes, cuyo fantástico desarrollo delinean las prosas de Locke, Hobbes y Rousseau con distintos perfiles.

En ese esquema, el Derecho legislado tenía primacía sobre la valoración subjetiva de los operadores. El modelo positivista de Derecho que desarrollara Kelsen, sobre un andamiaje epistémico positivista, señalaba la necesidad de trazar una teoría del derecho que abordara el derecho en tanto hecho dado.

El Juez, en dicho contexto, podía ser descripto con acierto como un administrador. Administraba la justicia en el caso concreto, entendida esta como la aplicación de la norma general en circunstancias particulares<sup>5</sup>: La boca de la Ley y, de la mano, la sacralización de la Ley como manifestación de justicia.

Ahora bien, con el advenimiento del neo constitucionalismo, el Estado Constitucional de Derecho ha pasado a tomar sustancia, superando por un lado

<sup>3</sup> Tal la expresión acuñada por la CSJN en «Unión de Fuerzas Sociales», Fallos: 315:71-74.

<sup>4</sup> SAGÜES, teoría de la constitución: capítulo 1.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Liv. XI. Chap. VI., pág. 327: «*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*» (que traduzco como «Pero los jueces de la nación son, como hemos dicho, la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor.»)

<sup>6</sup> COMANDUCCI, PAOLO; Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182002000100089](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089).

<sup>7</sup> La expresión neo constitucionalismo no es la originaria del texto, y debo reconocer que existe largo debate sobre el mismo, pero Ferrajoli se ha definido a sí mismo como un neo positivista, entendiendo un paleo positivismo aquello que antes se reseñó como estado legal de derecho, y es ubicado en forma general como parte del movimiento neo constitucionalista, por lo que a efectos de no confundir con disputas sobre el significante -la palabras determinaciones del significado -su denotación- opto por incorporar el prefijo.

el delineado de las formas y la fijación de competencias. Ha concedido derechos a los ciudadanos, y no solo cursos de acción a interpretar por los gobernantes. Le ha quitado a Vélez Sarsfield y su código la determinación básica de cómo vivir en sociedad, y le ha entregado a Alberdi sus bases.

Por supuesto, dicho cambio no ha sido sencillo – ni se encuentra concluso-. Por un lado, porque ello ha aparejado la disputa que se anticipaba en la primera página, ¿Cuál es el espacio que concedemos a la voluntad constituyente, cuando las arenas del tiempo van cubriendo sus páginas?, por otro, porque precisamos entender o determinar los mecanismos que concederán privilegio a la interpretación de la constitución de un poder sobre otro, y, además, sentar un acuerdo sobre cuáles son los límites de la interpretación constitucional.

## 2.2. Constitución, continuidad y cambio

Los modelos neo constitucionales, «designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales»<sup>6</sup>.

En este nuevo modelo de Estado, la función del juez se ha apartado de un modelo de mera restricción de poderes, para abordar una concepción de exigencia de derechos. Las constituciones, antes que un plan político, se han vuelto una fuente de derecho en sentido estricto, por tanto, aplicable y exigible.

En esa línea, Ferrajoli ha señalado que «...el [neo]<sup>7</sup> constitucionalismo es el fruto de un cambio de paradigma, tanto del derecho y de la democracia como de la ciencia jurídica, consistente en la positivización de límites y vínculos a la producción normativa en su conjunto, bajo la forma de *principios* y *derechos fundamentales*, que, casi todos, se comportan exactamente como las reglas frente a sus violaciones. De este modo, el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del

estado de derecho, pues en su virtud todo poder, incluido el legislativo, está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales, dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones.<sup>8</sup>»

Este modelo, al decir de Guastini<sup>9</sup>, se caracteriza por:

1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;
2. La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas «programáticas» sino «preceptivas»);
3. La garantía jurisdiccional de la Constitución;
4. La «sobreinterpretación» de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos);
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
6. La interpretación adecuada de las leyes.

Esa forma de entender el Estado, entonces, implica una superación del modelo Legal en términos de concesión de mayores garantías del ciudadano, en resguardo de sus derechos, frente al Estado (de aquí tal vez que Ferrajoli decida referirse a la misma como «Constitucionalismo Garantista»). En lo que aquí resulta, a mi juicio, central se desprende de los 3 primeros puntos.

El primero, por cuanto «el constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal»<sup>10</sup>. De forma tal que la voluntad legislativa, voluble, transigente con los cambios coyunturales de opinión del pueblo no se traslada de la Ley a la Constitución, sino que encuentra una serie de procedimientos agravados y mayorías especiales que lo cristalizan en textos con mayor pretensión de continuidad histórica<sup>11</sup>.

El segundo porque, la Constitución normativizada, que cesó en su carácter de mero ordenador o guía política, se torna en garantía primaria a través de sus normas de todos los derechos allí reconocidos. Cada derecho cercenado,

<sup>8</sup> FERRAJOLI, LUIGI; RUIZ MANERO, JUAN; Un debate sobre principios constitucionales; ed. Palestra, Lima, 2014, P. 173

<sup>9</sup> GUASTINI, R.; «La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano» en R. Guastini, Estudios de Teoría Constitucional, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001

<sup>10</sup> COMMANDUCCI, PAOLO; «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico», disponible en: Isonomía no.16 México abr. 2002.

<sup>11</sup> Ya manifestaba su preocupación Alberdi, al recordar que «Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto». Alberdi, Juan Bautista, Obras Completas, tomo la cita de Sola, J. V., «Alberdi: la Constitución como programa de gobierno: La polémica con Vélez Sarsfield», Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de setiembre de 2010, disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/18-Sola.pdf>.

<sup>12</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Bases ..., cap. XXXI.

engrosa el deber del Estado en su pacto fundacional. La concepción declamatoria del derecho Constitucional, que parece tener cierto apego en la visión política de nuestro país, encuentra allí dificultades: una vez que tomamos la constitución en serio (parafraseando a Dworkin), cada Derecho positivizado es una exigencia del ciudadano frente al Estado.

El tercero porque la caracterización de toda norma, y entre ellas, la de las constitucionales implica la posibilidad de su enforcement; esto es su exigibilidad, y en su defecto su reclamación frente a los tribunales.

Ahora bien, habrá quien considere que estas palabras que perfilan un modelo filosófico político de Estado y, con él, de Derecho resultan apartados de nuestra praxis cotidiana, pero tengo para mí que, en realidad, subyacen a la misma. Son sus fundamentos muchas veces no explicitados y, por ello, son la piedra basal sobre la que debemos repensar la problemática actual.

### **2.3. Principio de legalidad y control de validez formal, a la luz del bloque de constitucionalidad federal**

Vale retomar esa idea de la mano de las Bases Alberdianas, que señalaban que «No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete»<sup>12</sup>.

Y luego, en crítica a la Constitución Boliviana, señalaba con desdén que «Según esto, en Bolivia la constitución rige con permiso de las leyes. En otras partes la constitución hace vivir a las leyes; allí las leyes hacen vivir a la constitución. Las leyes son la regla, la constitución es la excepción. Por fin, la constitución toda es nominal; pues por el art. 76, inciso 26, el presidente,

oídos sus ministros, que él nombra y quita a su voluntad, declara en peligro la patria y asume las facultades extraordinarias por un término de que él es árbitro (inciso 27). De modo que el derecho público cesa por las leyes, y la constitución toda por la voluntad del presidente (...) La constitución argentina debe huir de ese escollo. Como todas las constituciones de los Estados Unidos, es decir, como todas las constituciones leales y prudentes, ella debe *declarar que el Congreso no dará ley que limite o falsee las garantías de progreso y de derecho público con ocasión de organizar o reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la constitución.*»<sup>13</sup>

Hoy, a mi modo de ver, estos puntos continúan claros en la redacción propuesta por el constituyente. El **primero** de los caracteres iterados<sup>14</sup>, desde el mirador del artículo 30 se establece un modelo constitucional (semi) rígido.<sup>15</sup>

Así, al carácter escrito de nuestra constitución se le agrega el juego de recaudos especiales para garantizar la dificultad de su reforma. Dificultad que debe ser bien entendida, no como un escollo, sino como una garantía sobre el criterio rector según el cual las Constituciones determinan los acuerdos mínimos, el *overlapping consensus* Rawlsiano, y por eso no están llamadas a ser modificadas si no se ha logrado un acuerdo razonable –y no sólo una mayoría o una primera minoría, como habitualmente sucede– de la ciudadanía.

La etapa pre – constituyente de declaración de necesidad de reforma implica, en sí misma, un sistema de limitación del poder constituyente por el poder constituido, según el cual el Constituyente –en tanto derivado y no originario– no puede desentenderse de las limitantes que la misma constitución le ha impuesto.

Por último, la expresión «puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes», abre juego a una interesante discusión con relación a los contenidos pétreos –que aquí no desarrollaré–, pero que gira en torno de los derechos y garantías enumerados en la primera parte, con lo cual remite a la segunda cualidad del primer tópico.

<sup>13</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Bases ..., cap. XXXI, pág. 208.

<sup>14</sup> La existencia de una constitución rígida que reconoce derechos (que, analíticamente puede ser separado en dos condiciones: rigidez constitucional; reconocimiento de derechos).

<sup>15</sup> La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

<sup>16</sup> «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.».

<sup>17</sup> «el Palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el Palladium de la libertad es la constitución; esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación es inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la Justicia Federal» (CSJN «Sojo», Fallos 32:128)

<sup>18</sup> «Sojo» (Fallos: 32:120); «municipalidad de la capital c/ elortondo», «Cullen c/ Llerena», «José Roque Pérez»; «Rey c/ Rocha», (Fallos: 112:384); «Kot», (Fallos: 241:291) y «Siri», (Fallos: 252:293), por citar solo los más antiguos y los más significativos.

<sup>19</sup> «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Consti-

En relación con el **segundo** punto, la fuerza vinculante de la Constitución, son claras las expresiones del artículo 31<sup>16</sup>, que invoca la supremacía de la Constitución, complementado por la introducción de las Convenciones del artículo 75 inc.22 (y aquellas integradas por el procedimiento del inciso 24), conformando el bloque de constitucionalidad federal.

Allí, subyace la idea según la cual, el Sistema Normativo es piramidal, y en su cúspide se encuentra la Constitución que irradia al resto del sistema normativo, pero también impone los límites de lo no permitido incluso a las autoridades políticas.<sup>17</sup>

A su vez, los artículos 28 y 29 establecen límites a la potestad de las autoridades inferiores, por un lado procurando evitar excesos reglamentarios, y por otro resguardando la distribución de competencias como resorte exclusivo de la Constitución.

Por otro lado, al abordar el tercer tópico, cabe destacar que luego de la Reforma Constitucional del año 1994, el texto constitucional incorpora en forma expresa la función de resguardo de la constitución que los Tribunales ya habían adoptado pretorianamente.

La CSJN tomó el criterio sentado por la Corte Estadounidense en 1801 en el celebre «Marbury vs. Madison», y entendió que correspondía al máximo Tribunal la función de Interpretar último y garante de la vigencia de la Constitución, bajo el amparo de la prelación normativa de la Constitución de 1853.<sup>18</sup>

El alcance de su control jurisdiccional surge, en primer término, del artículo 116, que establece que «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación...»<sup>19</sup>

Además, en su artículo 43 establece que «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de parti-

culares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley».

Con todo ello, parece explícito y claro en la interpretación del plexo normativo que nuestro sistema requiere del Magistrado el apego a la Constitución por sobre aquel que debe a la Ley, el apego a la Ley que reglamenta la Constitución cuando esta la respeta en sus formas y contenidos, y por último el apego a las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo, cuando se dictan dentro del ámbito de sus competencias, por las formas previstas, y dentro del continente de lo no permitido y lo no permitido que no por las normas superiores.

#### 2.4. Las dificultades que presenta el modelo

Sencillo, claro. Tanto que se puede aseverar, más allá de toda duda, que oculta las complejidades de su aplicación. Vamos a ellas:

El juego de contrastación de cada uno de esos campos normativos implica, en primer lugar, la determinación de las normas aplicables. Esto, en sistemas federales de múltiples niveles, impone la conjugación de diversos ordenes que deberán saldar las dificultades por aplicación de las *reglas de competencia*, o bien, por *reglas de jerarquía* –o prioridad– dentro de un mismo sistema. En el primer caso será la determinación de las competencias delegadas, no delegadas y concurrentes el campo de discusión; en el segundo, el artículo 31 servirá de primera guía, pero además –toda vez que los sistemas no son coherentes y plenos, sino que aspiran a serlo– deberán desandarse las contradicciones y contrariedades normativas.

Normas, hemos dicho... pero existe un acuerdo generalizado sobre el carácter valorativo que contienen las Constituciones. La distinta naturaleza de normas y principios, y la diferencia entre el carácter normativo –en sentido tradicional, supuesto de hecho y consecuencia normativa– que cabe conferirle a las reglas, frente a la especial naturaleza de los principios como mandatos de optimización<sup>20</sup> (que por ello carecen de los elementos antes

tución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...» Ha dicho en un muy reciente pronunciamiento la Corte que «La misión del Corte consiste en ser guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo intérprete de la Constitución y debe tenerse presente que estas tareas trascendentales deben ser cumplidas en un contexto político, social y económico insospechado solamente tres meses atrás, generado por la situación de emergencia pública sanitaria que atraviesa el país, originada en la propagación a nivel mundial, regional y local del coronavirus (COVID-19)» CSJN CSJ 000353/2020/CS001; 24/04/2020.

<sup>20</sup> Para una versión sobre la distinción entre reglas y principios, y los criterios aplicables a cada categoría: Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 y ss.; sobre la integración de los principios, como «una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral» en el ordenamiento jurídico: Dworkin, Ronald; *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 22; Sobre la integración de principios y Standards, por sobre las reglas o preceptos legales, puede verse también: Pound, Rosco; *The Theory of Judicial Decision*, Harvard Law Review XXXVI (1923), pp. 643-646. Sobre un contrapunto referente a las dificultades que aparea el modelo neo constitucional con la integración

de principios, puede verse: Ibañez, Prefecto Andrés y Alexy, R.; Jueces y Ponderación Argumentativa, p. 50. El listado no pretende ser completo, pero si enumerar lecturas centrales.

<sup>21</sup> La expresión «luego» no remite ni a una consecuencia lógica, ni a un orden de prelación temporal. Léase, tan solo como un conector. La relación entre la interpretación y la selección de la norma es harto compleja, y excede las pretensiones de estas pocas páginas.

<sup>22</sup> Tomo la expresión de Wróblewski, compartiendo que «la cuestión de la interpretación jurídica no consiste tanto en establecer el significado de los enunciados jurídicos, sino en fijar los límites dentro de los cuales una asignación de significado puede denominarse interpretación y no creación de derecho» (Iturraspe Sesma, Victoria, en: Wróblewski, Jerzy; Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, trad. Azurza, Arantxa et al, ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018), y anticipando que: a. la posterior distinción entre originalistas y partidarios de la «*living constitution*», no responde al autor, sino a una taxonomía de larga data en el Constitucionalismo Norteamericano y; b. No se trata aquí de las técnicas de interpretación, que merecen abordaje diferenciado.

reseñados, no pueden ser invalidados, y requieren una efectivización susceptible de gradación).

Esta distinción también implicará bascular entre criterios de validez formal (como derivación de la noción legalista Kelseniana, normas válidas en tanto han sido dictadas por la autoridad a la cual se le confiriera la facultad, y con arreglo a los procedimientos de una visión dinámica del sistema jurídico), pero también con apego a una validez sustancial que deriva del contenido de los derechos, principios y garantías que no pueden ser jaqueados por las normas inferiores. Y por último, entre solución de contradicciones normativas estrictas, soluciones de lagunas normativas, y ponderación de mandatos en pugna en el caso concreto.

Luego<sup>21</sup> de ello, vendrá la interpretación de dichas normas. Y, podemos conceder, que eso implica una adopción de una *filosofía de la interpretación*<sup>22</sup>. De tal forma, cuando circa 1916, en Estados Unidos, Brandeis acuñaba la expresión «derecho viviente» para referirse a la Constitución, y en tal carácter le permitía crecer; no renegaba de su carácter normativo, sino que le adosaba el carácter de incompleto. *En obra*, si se quiere, con lo que daba espacio a las circunstancias no contempladas por el Constituyente, fuera por imprevisión o por la mera circunstancia de ser mortales y limitados en su capacidad de previsión.

El originalismo, en la vereda opuesta, privilegia la voluntad constituyente –el acto en todo su alcance locucionario, ilocucionario y perlocucionario–. La legitimidad democrática que subyace es evidente, pero a la vez, se vincula –por lo general– con una distinción sobre el rol que cabe al juez frente a las indeterminaciones normativas.

## 2.5. Normas de competencia y control de legalidad

Esta dificultad, en el marco actual de pandemia es de particular importancia, ya que como se anticipara el número y la diversa calidad de normas vigentes (y de planos normativos que se arrogan competencias) es abrumadora.

Para determinar las competencias, vale determinar el contenido de aquello sobre lo que se legisla.

En primer orden, la emergencia en sí misma. Así las cosas, vale preguntarse quién es la autoridad competente para resolver el marco de excepción. En primer orden, no cabe dudas, que la situación de emergencia excede a las provincias y sólo podría ser declarada por el Gobierno Nacional.

Ahora, dada la forma Republicana de nuestro Estado, cabe avanzar en la compulsión de competencias desde la normativa constitucional, y podremos advertir que, entre los diversos poderes del Estado, existe una regla general; la primacía del congreso en materias de carácter general, que exceden el mero gobierno, y el aumento de controles frente a cualquier disposición que por motivos de urgencia o necesidad implique la traslación excepcional de competencias al Poder Ejecutivo.

### **3. ¿Qué poder del Estado se encuentra en mejores condiciones para decidir sobre las circunstancias de hecho, generales, propias del estado de emergencia por Pandemia?**

Ahora bien, a la situación compleja en el campo normativo se ha sumado otra: la emergencia o el estado de excepción.

Vale decir que, en nuestro país, la referencia del inicio es particularmente cierta. La Argentina convive con la emergencia con tal naturalidad que cabe preguntarse qué se entiende por tal concepto. Habrá quien diga o piense que, en el contexto de la pandemia tales elucubraciones no tienen demasiado espacio. Estaríamos sin dudas ante un caso del género «emergencia». Entiendo que no es así.

En primer lugar, por cuanto la declaración de emergencia que ha encuadrado las primeras medidas sobre el COVID 19 ha sido sancionada a través de la Ley 27.541, el 21/12/19, esto es antes de que se tuviera conocimiento de

<sup>23</sup> AGAMBEN, G., *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Trad. Antonio Gimeno, ed. Pre – textos, 2013.

<sup>24</sup> Consultado en el sitio oficial: [news.un.org](http://news.un.org), en fecha 10/08/2020.

la enfermedad hoy declarada pandemia.

En segundo lugar, porque el nombre que ha encabezado dicha norma resulta cuanto menos contradictorio con el sentido que el lenguaje común asigna a la emergencia («Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva»).

En tercer lugar, porque la exigencia de transitoriedad propia de una emergencia luce vidriosa cuando en el mes de marzo se dicta, mediante decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, una prórroga por un año de una emergencia que estaba vigente hasta el mes de diciembre –esto es por 8 meses más–. Difícil conjugar la exclusión del Congreso por urgencia, con semejante tiempo de emergencia vigente.

En cuarto lugar, porque en el plano histórico no pueden separarse las emergencias atravesadas por nuestro país. Por ello, vale recordar la preocupación de Agamben, quien no desde el mirador jurídico – normativo, sino antes filosófico y descriptivo señalaba que el Estado Moderno es un Estado de Excepción, donde la legalidad define la excepción por exclusión de la legalidad; pero se invoca y permanece. El Estado del miedo a que dieron lugar los antecedentes terroristas a nivel global, parece preocupantemente semejante en muchos puntos a lo que hoy vemos como producto de la Pandemia.<sup>23</sup>

Incluso, en abono, puede señalarse que esta preocupación ha sido manifestada por la ONU a través de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, quien expresó «los poderes de emergencia no deben ser armas que los gobiernos puedan usar para aplastar la disidencia, controlar a la población o prologar su estancia en el poder... Esos poderes deben usarse para afrontar eficazmente la pandemia; nada más, ni nada menos»<sup>24</sup>.

En esa línea, cabe recordar que la CSJN ha dicho que «el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia,

originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a *restringir* el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional»<sup>25</sup>.

Nuestro cimero Tribunal ha dicho restringir, más no desconocer, ni suspender, y hablaba allí de derechos patrimoniales –que cabe pensar, tendrían en caso de ponderación mengua frente a la libertad, salud y vida–. Incluso, la expresa regulación constitucional limita la suspensión de garantías<sup>26</sup> al caso del Estado de Sitio; y dentro de este supuesto excepcionalísimo, resguarda la libertad física, la indemnidad de los detenidos y la finalidad del encierro.<sup>27</sup>

Y si bien es cierto que, «Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica ... (aún) En el contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, originado por la pandemia –coronavirus (COVID-19)– no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal.»<sup>28</sup>

Porque aún «el estado de sitio que autoriza el artículo 23 de la constitución es un arma de defensa extraordinaria que ésta ha puesto 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. El estado de sitio, *lejos de suspender el imperio de la Constitución se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo*»<sup>29</sup>.

### ¿La emergencia como hecho?

Si nos atenemos a las líneas expresadas por el máximo tribunal en «Peralta» podemos advertir, en primer lugar, un problema jurídico interesante: la

<sup>25</sup> PERALTA, LUIS A Y OTRO c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA, del 27 de diciembre de 1990.

<sup>26</sup> Artículo 23, CN, «En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.»

<sup>27</sup> Art. 43, CN, «...Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.»

<sup>28</sup> CSJ 000353/2020/CS001; 24/04/2020.

<sup>29</sup> CSJN «Alem»; Fallos: 54:432.

emergencia como un hecho. Los hechos, por su naturaleza, no están exentos ni sometidos a control; están sometidos a comprobación. Que los poderes Legislativo y Ejecutivo tomen decisiones en base a hechos, cabe esperarlo y reclamarlo, no habrá allí censura. Ahora bien, que dichas decisiones impliquen la negación de garantías constitucionales, implica desconocer la Constitución, y con ello apartarse del Estado Constitucional de Derecho.

Antes habíamos señalado que los Jueces, en su concepción clásica, decidían atados al derecho previa comprobación de los hechos que daban lugar a la consecuencia normativa. Ahora, qué hacer cuando el hecho ha dejado de ser una situación puntual, los hechos de la causa, y remiten a los hechos en los que se inserta la causa. Un contexto, un momento histórico, que ilumina de particular modo lo que se debe decidir.

Algo está claro. De entender que la emergencia, el potencial riesgo de salud, y las razonables se han normativizado en las decisiones de las autoridades administrativas; entonces la actuación del Magistrado cambia. Desconocer los riesgos, por caso, que atraviesa la población encarcelada ya no es una cuestión de hecho y prueba, sino una cuestión definida por las autoridades competentes, que vincula al juez salvo tacha de inconstitucionalidad.

Ahora bien, si se trata de una cuestión de hecho sometida a comprobación en el caso, los Jueces asumirán la decisión frente a hechos de difícil comprobación, donde las máximas de la razón práctica se privilegian sobre aquellas propias del conocimiento científico. Digámoslo todo, la ciencia hoy no puede dar las respuestas que queremos, por lo que no puede sino asumirse decisiones frente a la incerteza, con elevado margen de error, a la luz de la urgencia.

#### **4. ¿Qué decisión se debe adoptar frente a la incerteza? Sobre la sustancia de la restricción**

Resta por último el problema más complejo. Como ponderar principios cuando, por un lado encontramos una afectación concreta de garantías constitu-

cionales, y por otro encontramos la más profunda incerteza.

Como realizar, adecuadamente, el juicio tripartito que reclama el Sistema Interamericano frente a una restricción de derechos; o el juicio de Razonabilidad que ensalza la Doctrina del más alto cuerpo judicial nacional, cuando se desconocen los resultados de la acción y de la inacción.

Basta decir, porque es público y notorio, que en los pocos meses de tránsito de la Pandemia los criterios epidemiológicos han mutado incontables veces, y muchas de éstas en formas que resultan –cuanto menos contraintuitivas–.

Estrechando las restricciones –aislamiento, por dar un caso– en territorios que no poseían casos o bien resultaban casi imperceptibles. O bien, permitiendo la permanencia de más de 10 personas en locales habilitados al efecto, pero prohibiéndolas en el ámbito familiar<sup>30</sup>. Negando el uso de barbijos en forma tajante –en esto vale recordar que se lo señalaba como contraproducente, y no meramente inocuo–, para luego reclamarlo como exigencia ineludible.

Y considero que, frente a esto, existe una sola respuesta posible. Reclamar a los poderes políticos la transparencia que toda democracia pretende. Es ese el espacio natural donde las decisiones de naturaleza legislativa han de tomarse, aún si fueran en forma excepcional por el Poder Ejecutivo. Por loables que fueran los fines, allí donde la información suministrada, la motivación, no satisface las exigencias constitucionales en contrapunto con las restricciones implementadas, la labor del Poder Judicial impone su tacha.

Lo que está en juego, es la distinción del asiento de la responsabilidad política de tomar las medidas, y la responsabilidad –también política– de controlarlas. Claro está, que sólo lo último corresponde al Poder Judicial, porque tal es su función.

Como senñaló Vanossi, hay al menos dos reglas que resultan trascendentes: la primera, a mayor poder, mayor control. Y los estados de excepción im-

<sup>30</sup> No puede dejar de generar curiosidad el disvalor, incluso penal, asignado a la conducta cuando se vincula con la familia y el resguardo de los afectos; frente a la permisión cuando se vincula con el consumo y el ejercicio del comercio.

<sup>31</sup> VANOSI, JORGE, el asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional, Comunicación presentada en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 14 de agosto de 1996; publicada en: Vanossi, J., «Estudios de Teoría Constitucional», p. 90-91

plican una exacerbación del poder que la Constitución ha procurado limitar.; la séptima (según la numeración que el mismo propuso): «las situaciones de emergencia no sean abordadas de *legibus solutus* como decían en latín, es decir sueltas de ley, desatadas de la norma. La gran conquista del constitucionalismo democrático es que también la crisis tiene que ser abordada desde la Constitución y a través de la Constitución. Es inadmisibles sostener que la crisis signifique suspender la Constitución o signifique la emergencia, acceder *ipso facto* a instituciones supraconstitucionales exentas de control, y no sujetas a límites ni de otros órganos del Estado, ni de la sociedad que queda sometida a las medidas que la necesidad le impone a criterio del iluminado gobernante en turno. Esto marca la diferencia entre la monarquía absoluta y la monarquía constitucional: «el Estado soy yo» de Luis XIV, o el *apres moi le deluge* de Luis XV, eran precisamente la posibilidad de afrontar, lo que ellos llamaban la crisis sin limitaciones. La era constitucional involucra la crisis en la Constitución y la Corte nuestra (en tiempos sabios) señaló que la Constitución es suprema en todo momento, de paz y de guerra. Luego vinieron las excepciones, las interpretaciones que hicieron brecha en ese sabio principio, porque la propia Constitución prevé la emergencia, el estado de sitio, la declaración de guerra, la conmoción interna, el ataque exterior y, a través de los resortes que contiene, la posibilidad de afrontar con mayor fuerza una situación que requiere un poder más enérgico; mismo que en situaciones de normalidad y de permanencia no hace falta. Por eso las emergencias son situaciones anormales pero transitorias también sujetas al control, no la urgencia en sí, sino la medida de los poderes que se ejercen en función de la declaración de emergencia; allí está el meridiano que traza la diferencia entre el poder absoluto o la anarquía absoluta.»<sup>31</sup>

Las coyunturas pasan (y habrá que procurar que pasen haciendo el menor daño posible), pero las reglas de juego se asientan. ■