

En un texto en junio de este año en este portal mencioné que los estudios sobre las situaciones de excepción prueban un patrón más o menos permanente: al comienzo de la emergencia, el Poder Ejecutivo actúa con apoyo de la ciudadanía. Si las medidas funcionan y los sacrificios son tolerables, ese apoyo se sostiene. Sin embargo, sin importar su éxito, con el paso del tiempo el foco de atención serán los perjuicios ocasionados, especialmente en la economía y en la restricción de las libertades individuales. Si las medidas no son exitosas, el descontento, las protestas y posiblemente el caos será mayor.

Tanto en Argentina como en el mundo, nos hallamos cercanos a este segundo estadio. La pandemia no ha terminado, sino más bien al contrario: la “segunda ola” en Europa la extiende en el tiempo y sus efectos se agravan. Las protestas a lo largo del mundo por el uso de tapabocas, las restricciones a la circulación y la libertad de empresa se profundizan.

En esta nota quisiera detenerme en otro punto del patrón de los estados de excepción. Sea en contextos de guerras, desastres naturales, atentados terroristas, crisis económicas o cualquier otra emergencia, la ciudadanía acude al Poder Ejecutivo. Es esta rama de gobierno la que carga con la responsabilidad central en la gestión de la emergencia y a ella se dirigen todos los reclamos. No suele culparse o felicitarse al Congreso Nacional o al Poder Judicial por el fracaso o el éxito en la gestión de la pandemia. De hecho, la inacción del Congreso también se carga sobre las espaldas del Ejecutivo.

Durante la emergencia (sobre todo en los primeros momentos), el Legislativo y el Judicial normalmente acompañan las medidas del Ejecutivo. En líneas generales, ninguno de los dos poderes se atreve a cargar con la responsabilidad política de estropear las medidas que, se supone, permitirían superar la crisis. La historia nacional (que reseñé en la nota anterior) e internacional lo demuestra.

Sin embargo, si el descontento social con las medidas aumenta, las posibilidades de que esta actitud cambie se amplifican. En especial, que el Poder Judicial declare inconstitucional todas o algunas de las medidas tomadas por el Ejecutivo. La pregunta en concreto es: en Argentina, ¿podría y/o debería un tribunal declarar la inconstitucionalidad de las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) o de distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO)?

La impugnación constitucional

De todos los textos producidos desde el derecho constitucional sobre la pandemia, uno de los más recientes y más elaborados es el documento de Andrés Gil Domínguez del 5 de octubre para el curso “Derecho y emergencia post COVID-19 en la economía, el trabajo y la empresa” de la UBA.

El autor evalúa la constitucionalidad de los distintos DNU que decretaron y prorrogaron el ASPO y establecieron el DISPO. El análisis se concentra en cuestiones de procedimiento (cuándo, cómo y en qué casos puede dictarse un DNU) y sustanciales, en particular, sobre el impacto de las restricciones en los negocios privados.

La conclusión es que el DNU 297/2020 que decretó el ASPO desde el 20 de marzo reúne los requisitos de constitucionalidad. Las prórrogas sucesivas hasta el 13 de mayo también. Sin embargo, a partir de esa fecha, los DNU posteriores serían inconstitucionales porque no respetaron un requisito fundamental de la Constitución para el dictado de este tipo de normas: la imposibilidad de seguir los trámites legislativos (art. 99.3). A partir del 13 de mayo, el Congreso volvió a sesionar, por lo que la imposibilidad de seguir el trámite para la sanción de leyes no es tal. Con este argumento, cualquier juez de cualquier instancia de cualquier localidad podría (en realidad, para ser consecuentes, debería) declarar la inconstitucionalidad del ASPO y DISPO.

Gil Domínguez cita a Roberto Gargarella, quien agrega que, “por supuesto”, no “nos encontrábamos frente al peculiar tipo de situación extrema que exige la Constitución para autorizar los DNU”. Afirma que “estamos –‘sí’- en una emergencia, pero claramente ‘no’ en el tipo de emergencia que le interesa a la Constitución (la que haga ‘imposible’ el accionar legislativo)”. Esta posición reforzaría los argumentos del juez que aspire a declarar inconstitucional el ASPO y el DISPO.

Sin embargo, si su argumento es correcto, entonces realmente las situaciones de emergencia que “le interesa a la Constitución” prácticamente no existirían, salvo en supuestos sumamente extremos, como la desaparición física de los miembros del Congreso, por ejemplo, por un mega atentado terrorista que mate a todos los diputados y senadores necesarios para reunir el quórum (una hipótesis similar a la que el constitucionalista Sanford Levison ha estudiado para el caso de Estados Unidos) o, en el contexto actual, el contagio masivo de legisladores que les impida sesionar. Hasta que asuman los suplentes, el Congreso estaría realmente imposibilitado de seguir los trámites legislativos.

Por supuesto, esto no se compadece con la historia nacional y comparada. Incluso en periodos de guerra los parlamentos de las democracias pueden funcionar y de hecho funcionaron con normalidad en muchos aspectos. Sin embargo, en lo concerniente a la guerra, los Ejecutivos asumieron potestades excepcionales y no por eso se destruyeron los sistemas republicanos de esos países. Sin dudas hubo que lamentar excesos horribles (como la creación de campos de concentración para japoneses en Estados Unidos por decisión de Franklin D. Roosevelt), pero eso no invalida todas las medidas excepcionales que tomaron para afrontar el conflicto.

Lo que justifica la ampliación de poderes del Ejecutivo en situaciones de excepción es la imposibilidad de seguir los trámites legislativos para el tipo de medidas que deben tomarse en ese contexto y no para el dictado de leyes en general.

Al contrario, Gil Domínguez sostiene que el debate sobre el presupuesto en el Congreso durante la pandemia demuestra que sí es posible seguir el trámite legislativo. Afirma que “este argumento por si sólo es suficiente para impugnar por inconstitucionales los DNU dictados con posterioridad al 13 de Mayo”. No estoy de acuerdo. Que el Congreso pueda seguir los trámites legislativos para sancionar el presupuesto no significa que pueda hacerlo para tomar las medidas necesarias sobre la pandemia, que requieren decisiones inmediatas con cambios constantes, tanto para flexibilizar como para endurecer las restricciones.

Como sostiene la profesora de Yale Nomi Claire Lazar en *States of emergency in liberal democracies*, “la ciudadanía no puede esperar a que un debate bicameral largo decida la mejor forma de enfrentar una epidemia”. La sanción de la ley supone el debate en la cámara de origen, el envío a la revisora, que puede enmendar el proyecto, lo que provocaría el reenvío a la de origen que puede insistir en su proyecto o aceptar las enmiendas. Recién ahí pasaría al Ejecutivo para promulgarse, si es que ninguna cámara lo rechaza. ¿Cada flexibilización o endurecimiento del ASPO o DISPO debería hacerse por este procedimiento? Los DNU son importantes, justamente, porque eso es imposible.

Cabe agregar que el Congreso no dictó ninguna ley para mitigar los efectos de la pandemia desde el 13 de mayo. Desde un punto de vista institucional, esto no es imputable al Ejecutivo. ¿Qué debería hacer el presidente, esperar una ley que tal vez nunca llegue mientras el virus se propaga?

Inconstitucionalidad y emergencia

Los argumentos anteriores no serían aceptados por Gil Domínguez, Gargarella o quienes piensan como ellos. La consecuencia constitucional de sus posturas sería que estos DNU adolecen de “nulidad absoluta e insanable”, según la fórmula del artículo 99 inciso 3 de la Constitución.

¿Qué significa esto? Gil Domínguez cierra su texto diciendo que, a pesar de la inconstitucionalidad, sus conclusiones no deben leerse “como un llamado a desatender la pandemia, o como soporte a las llamadas posturas ‘anticuaretena’”. Esto es inobjetable: la argumentación académica sobre la inconstitucionalidad de una norma no habilita, si se quiere seguir actuando dentro del derecho, a incumplirla.

Sin embargo, la conclusión lógica de su postura es que un juez (cualquier juez de cualquier instancia de cualquier punto del país) podría declarar inconstitucional las medidas de ASPO y DISPO. En nuestro sistema constitucional, solo el Poder Judicial podría declarar la inconstitucionalidad de alguna o todas las medidas de los DNU. Hasta ahora, todos los pedidos judiciales de inconstitucionalidad han sido rechazados. Esto podría cambiar: un tribunal de cualquier instancia del país podría declarar inconstitucional las medidas de ASPO y DISPO.

Por la deferencia tradicional del Poder Judicial a las medidas de emergencia, es poco probable que suceda por el momento. Un juez debería cargar con la responsabilidad de hacer caer las únicas medidas conocidas hasta ahora para frenar el avance del virus. Aunque la declaración de inconstitucionalidad sea válida solo para el caso en concreto, la repercusión sería enorme. Iría en contra de una decisión tomada por una autoridad elegida democráticamente y que no fue rechazada por el Congreso.

Por sobre todas las cosas, iría en contra de la práctica constitucional favorable al dictado de los DNU no solo en situaciones de emergencia. Desde Raúl Alfonsín hasta Alberto Fernández, cada presidente ha hecho uso, y en muchos casos abuso, de los DNU que supusieron en algunos casos restricciones a derechos individuales. La abrumadora mayoría de ellos no se dictó en contextos de verdaderas situaciones de emergencia y, sin embargo, fueron tolerados.

No caben dudas de que esto no está bien en la mayoría de los supuestos. Un constitucionalista puede perfectamente decir algo como “aquellos DNU están tan mal o peor como los dictados a partir del 13 de mayo en contexto de la pandemia”. Ahora bien, sería desconcertante que luego de avalar DNU en contextos que de ningún modo se corresponden con circunstancias excepcionales o, cuanto menos, están muy alejadas de una verdadera excepción como la que vivimos desde marzo, el Poder Judicial rechace los dictados en el marco de la pandemia, una circunstancia que impide los trámites legislativos necesarios para dictar leyes que mitiguen sus efectos. Sería contradictorio con la práctica judicial y constitucional, que es también un criterio de corrección para decidir casos judiciales.

Lo que nos recuerda la pandemia

La pandemia del Covid-19 nos recuerda algo que es constante en las situaciones de excepción: que estamos a merced de hombres y mujeres, en especial del Poder Ejecutivo, que deben decidir sobre asuntos sumamente sensibles y con impacto enorme en millones de personas. Nos recuerda que debemos prestar suma atención a sus decisiones, porque la forma de controlarlos es principalmente política.

El presidente Alberto Fernández estuvo y aún está legitimado para dictar los DNU que establecen el ASPO y el DISPO. Las restricciones podrían endurecerse o flexibilizarse por decisión presidencial, incluso con el Poder Legislativo sesionando. Aunque el Congreso pueda sancionar el presupuesto u otras leyes, estamos ante una circunstancia excepcional que impide seguir los trámites legislativos necesarios para sancionar medidas que mitiguen la pandemia, las cuales son cambiantes y requieren rapidez en su dictado. La discusión central, que también es constitucional, es si el ASPO o el DISPO son las medidas idóneas y menos dañinas para mitigar los efectos de la pandemia. Si la respuesta es afirmativa, la herramienta para decidirlo es el DNU.