

PRÓLOGO DE MARIO LUIS VIVAS *

El doctor Julián Jalil me ha honrado al pedirme que prologara esta interesante obra que aborda la cuestión de la epidemia COVID-19 y sus efectos, tanto desde el punto de vista médico-sanitario, social, económico y jurídico. Se trata de un fenómeno del que no se tiene memoria, a no ser por relatos de nuestros antepasados, como el caso de la gripe española de 1918, en el contexto de un mundo totalmente distinto al que vivimos.

Prologar un libro de estas características, donde se abordan los efectos del desastre desde tan vastos aspectos, me obliga a resumir sus contenidos en un concepto unívoco: el mundo, desde fines de 2019 y principios de 2020 entró en emergencia. Y la Argentina, que venía de emergencia en emergencia por otras razones, fundamentalmente económicas, acompaña también ese proceso.

Desde las ciencias médicas, como desde la sociología, la economía y el derecho, los estudiosos vienen investigando la manera de abordar, desde cada área de sus incumbencias, las soluciones a los efectos devastadores de este fenómeno.

Lógicamente, por vocación y conocimiento, procuraré que estas líneas se ocupen de los límites que todo Estado de derecho debe proteger aun en estado de emergencia. Me adelanto a señalar que un Estado de derecho en emergencia no debe tolerar un "vale todo", pues aun allí, nos rigen principios superiores que emanan tanto de la Constitución como de las normas de las convenciones internacionales que nuestro país ha suscripto.

A primera vista debemos preguntarnos ¿qué es la emergencia desde el punto de vista del derecho? La respuesta no puede ser otra que la siguiente: la "emergencia" es el reflejo jurídico de una crisis determinada. Y en el caso particular que abordamos, de una crisis en estado de "no guerra".

* Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

Dice Lorenzetti que la “emergencia” es una excepción a la regla, es una excusa que permite apartarse de lo normal porque ha ocurrido algo anormal, fuera de lo común.

En esa línea de análisis, se trata entonces de establecer si una situación de emergencia pública, provocada por una catástrofe natural, derivada del contagio de un virus de origen aún desconocido, autoriza la adopción de medidas extraordinarias por parte de los gobiernos, tendientes a limitar el ejercicio de los derechos individuales para la obtención de una convivencia razonable en la sociedad.

Es necesario adelantar que la Constitución de la Nación Argentina no contempla expresamente la cuestión de la emergencia, limitándose solo a legislar el supuesto del estado de sitio.

Otras constituciones americanas en cambio, como la de la República Bolivariana de Venezuela o la República de Colombia, por ejemplo, contemplan situaciones de excepción.

La de Venezuela contempla los estados de excepción. Así lo señala el art. 337, que los define diciendo que son aquellos en los que se configuren circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afectan gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resulten insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, agrega, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esa Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles. Su art. 338, puntualiza que podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

La de Colombia señala en su art. 215 que cuando sobrevengan hechos 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 períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Ambas tienen denominadores comunes: restricción de garantías constitucionales, con salvedades, excepcionalidad y transitoriedad.

En Venezuela se autoriza la restricción de las garantías constitucionales con la salvedad del derecho a la vida, la prohibición de la incomunicación o las torturas, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

En Colombia no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional huma-

nitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos (art. 214, inc. 2°).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que Argentina ha suscripto, señala en su art. 27, inc. 1° que en caso de guerra, de peligro público o 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. Su inc. 2°, agrega que 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.

A falta de previsión constitucional sobre estados de excepción (recordemos que nuestra Carta Magna solo contempla el estado de sitio en su art. 23, reservado para supuestos de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución, en cuyo caso se suspenden las garantías constitucionales), ha sido nuestro Máximo Tribunal quien definió el concepto. En el caso "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA", del 27 de diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que "el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional".

Claro está que la doctrina de la emergencia no es tema novedoso en la historia argentina ni en la jurisprudencia de la Corte.

Con referencia al derecho de propiedad, se ha señalado que no hay violación del art. 17 de la CN cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni

les niega su propiedad y solo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad. Es que hay limitaciones impuestas por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también están destinadas a proteger los derechos presuntamente afectados, que exige el riesgo de que se conviertan en ilusorios ante procesos de desarticulación del sistema económico y financiero (*CSJN-Fallos*, 313:1513).

El procurador general de la Corte, en dictamen del 6 de septiembre de 1934, enumeró los cuatro requisitos que debe llenar una ley de emergencia para que su sanción esté justificada, y que ya habían sido mencionados por el *chief justice* Hughes, en el caso "Home Building v. Blaisdell": "Es necesario para ello: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria" (conf. *CSJN-Fallos*, 172:21; 313:1513 y sus citas, así como dictamen en la causa "Tobar" (*CSJN-Fallos*, 325:2059), "Dictamen *in re* Bustos").

Los límites a la intervención presentan dos aspectos: el adjetivo, cuando se afecta el procedimiento y en consecuencia el debido proceso, y el sustantivo, en cuanto afecta la razonabilidad de las limitaciones. Es razonable, en tanto la situación del derecho afectado es tolerada por la Constitución.

De ello, se han deducido algunas reglas de interpretación que son siempre derivaciones de este principio de la carga argumentativa, y que constituyen basamento de refuerzo de la premisa inicial: a) en caso de duda, debe estarse a favor de la libertad; b) en caso de duda, debe estarse a favor de la permisión; c) en caso de duda, debe estarse a favor de la autonomía; d) debe primar el principio de la interpretación más favorable a la vigencia de la norma; e) debe primar el principio *pro homine*; f) debe estarse a favor de la racionalidad.

No debe tolerarse la emergencia dentro del Estado de derecho, cuando su declaración es reiterada y abusiva, excediendo los límites de la razonabilidad. Sus efectos son devastadores.

La emergencia no puede cercenar el derecho a la propiedad privada, pues de lo contrario será confiscatoria, debe ser limitada en el tiempo y no transgredir derechos adquiridos, so pena de convertirse el Estado que así lo hace en un país al margen de la ley.