

La pandemia y el derecho constitucional en Argentina.

Por Maximiliano Toricelli¹

La pandemia del coronavirus COVID 19 es un fenómeno nunca visto en las sociedades actuales. No podemos desconocer que en otras épocas hubo pandemias gravísimas, que produjeron gran cantidad de víctimas en la humanidad, mucho más graves incluso que las que el coronavirus puede causar y donde la sociedad no tenía ni los recursos tecnológicos ni económicos como para defenderse.

Sin embargo, sobre nuestros regímenes políticos, especialmente sobre el estado constitucional de derecho, es un acontecimiento inédito.

Este estado constitucional tiene principios fundantes que son los que dan sentido al sistema, los que cumplen su función legitimadora. Si estos principios no están o no se cumplen, no podemos hablar de su presencia.

Este es el alcance que tiene la expresión “principios” utilizada en la Constitución argentina, como ocurre con el art. 5 cuando habla de *“los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional”* que deben seguir las provincias al dictar su Constitución; el art. 27 cuando habla de que los tratados con potencia extranjera deberán estar *“en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*, o el art. 28 que dice que *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*.

A nuestro entender estos principios son los de dignidad, libertad; igualdad; legalidad y razonabilidad.

¹ Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Titular en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derechos de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derechos de la Universidad Católica Argentina.

Si bien es cierto que estos principios se articulan entre sí, de manera que unos y otros van cediendo lugares a los fines de compatibilizarse, ello no puede llevar a su aniquilación.

Gran parte del mundo, y Argentina no ha sido ajena, ha establecido enormes restricciones a la libertad. Para preservar el derecho a la salud y, especialmente, el derecho a la vida se ha decidido limitar, de forma extrema, la libertad ambulatoria.

Cuando una persona no se encuentra alcanzada por las pocas excepciones de movilidad, relacionadas con la salud, la alimentación, la información y aquellas actividades que puedan ser “esenciales” para la subsistencia de todos, que se encuentran expresamente detalladas en una serie de normativas dictadas en uso de facultades de emergencia por el Presidente, mediante el mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia, debe confinarse a su hogar, que puede ser amplio y con muchas comodidades, o pequeño e incluso, carente de las condiciones mínimas para lograr una vida digna.

No es el propósito de este trabajo, fundamentalmente porque no contamos con los elementos para ello, analizar si establecer restricciones resulta justificado o no. Si nos atenemos a la experiencia de algunos países que han sido reacios a adoptarlas en un primer momento, y tenemos en cuenta el desborde de sus centros sanitarios, así como la cantidad de víctimas fatales que han tenido, parece que las medidas adoptadas son las correctas.

Sin embargo, al menos hoy en día, no sabemos si el aislamiento propuesto dará mejores resultados o traerá peores consecuencias, tanto en lo económico, lo psicológico, lo social, y fundamentalmente, en cuanto al estado constitucional de derecho.

Por lo pronto, algunas medidas parecen no ser una mínima restricción del derecho para alcanzar el objetivo propuesto, máxime teniendo en cuenta que, por prórrogas sucesivas, estas restricciones llevan largo tiempo.

La norma base del aislamiento es el decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el N° 297/2020. En su artículo 1° establece que *“A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo² inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19.*

La declaración marco prevista en esta norma es precisamente la protección de la salud y por ello, atento la epidemia existente, se adoptan las medidas de aislamiento.

Pese a que se intenta proteger la salud, y que se están haciendo enormes esfuerzos económicos y humanos, tanto desde esferas gubernamentales como desde entidades privadas, para equipar centros de salud y crear establecimientos que puedan cumplir fines semejantes, no se ha plasmado en ningún decreto de necesidad y urgencia cuántas camas se quieren alcanzar; en qué lugar se situarán, cuántos reactivos se van a adquirir, a qué parte de la población se va a examinar, cuántos respiradores se adquirirán, cómo será la atención primordial de la salud y demás detalles que sería bueno conocer dado que, como bien expresa el artículo 1°, el objetivo es la protección de la salud.

El art. 2º define en qué consisten estas medidas de aislamiento al expresar que *“Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las*

² En la actualidad la medida se prorrogó hasta el 26 de abril, sin tener certeza alguna si existirán sucesivas prórrogas.

personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

Sobre esta normativa se nos plantean algunas dudas. Por ejemplo, las personas ¿tienen que quedarse en el lugar donde estaban a las 00:00hs. del 20 de marzo o en su lugar habitual? Por trascendidos periodísticos de interpretaciones efectuadas por la fuerza de seguridad, debían permanecer en el lugar que se encontraban en los primeros momentos del día 20 de marzo.

Y esa decisión no resulta razonable a los objetivos propuestos; es más, puede incluso ser contraproducente.

En efecto, si alguien por razones de trabajo, visita de familiares o simplemente de esparcimiento, se hallaba fuera de su residencia, incluso en otra jurisdicción, sea en un hotel, en casa de familiares o amigos, ¿es razonable exigirle que no retorne a su domicilio cuando la normativa se dio a conocer durante la noche del día 19 de marzo?

O acaso no era preferible que volviera a su residencia y se mantuviera allí en aislamiento. En esta restricción de la libertad, que ha tenido fecha de comienzo pero que no se conoce fecha de final, principalmente porque no está claro cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar más allá de la propagación de los contagios³, no es

³ Si el único mecanismo para evitar la propagación de los contagios es estar en aislamiento, sin que se adopten otras medidas, es posible que la cuarentena se extienda por varios meses, con las implicancias que ello conlleva.

razonable pretender que alguien que se encuentre alejado de su domicilio permanezca allí, con los sobrecostos que le puede generar, con la pérdida de los lazos con sus seres más cercanos, que incluso pueden necesitarlo, y cuando posiblemente sea más peligroso, tanto para su salud como para la propagación del virus, que permanezca fuera de su domicilio.

En segundo lugar, cuando se habla de desplazamientos mínimos, qué se entiende por ello. Tampoco acá se han efectuado aclaraciones, pero se han sostenido interpretaciones incorrectas que incluso imponen la adquisición de mercadería en lugares cercanos, aun cuando ello pueda ser contradictorio con el aislamiento y ni qué decir, con la propia economía familiar.

En efecto, ¿es razonable que concurra al mercado más próximo a mi domicilio cuando la mercadería no es la mejor, es más cara o asiste más gente, y no me desplazo ni a pie ni en transporte público?

En qué se afecta el aislamiento si una persona se moviliza, en lugar de 10 cuadras, 30 cuadras, dentro de su vehículo, para asistir a un comercio donde hay menos gente, donde compra más a gusto por sus condiciones de salubridad y donde consigue mejores precios.

No es acaso más peligroso, a los fines del contagio, que existan largas colas en un negocio de cercanía.

Y todas estas dudas se multiplican cuando vemos que pasamos del estado constitucional, al estado policial, dado que se delega la aplicación de la norma al Ministerio de Seguridad y no funcionan ni el Congreso de la Nación, ni el Poder Judicial, que además es el órgano de control de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 3° delega en la policía de seguridad el acatamiento al aislamiento ordenado al decir *“El MINISTERIO DE SEGURIDAD dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el*

cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad”.

Cabe también aquí preguntarse si se justifica el control policial establecido. Hemos sostenido desde siempre que las medidas deben contextualizarse dentro de la sociedad en la que se adoptan.

Y, lamentablemente, los argentinos no somos los ciudadanos más proclives al respeto de las normas. Las medidas de aislamientos se adoptaron un día antes del comienzo de un fin de semana largo⁴, pese a lo cual, y ante el anticipo de que ello podía ocurrir, con clases suspendidas y con pedido de las autoridades del mayor aislamiento posible, miles de argentino tomaron sus vehículos para salir de vacaciones, generando grandes embotellamientos, especialmente en las rutas que conectan los balnearios de la costa bonaerense.

Por ello, ante una sociedad que desoye deliberadamente las indicaciones que se otorgan, aun cuando estas sean en su propio bien, las medidas coercitivas parecen ser las únicas posibles.

Aún así, estas medidas deben adoptarse dentro del marco constitucional posible. Y ese marco constitucional prohíbe expresamente establecer penas mediante un decreto de necesidad y urgencia.

El art. 4º, al reconocer la prohibición referida, intenta encuadrar las infracciones en penas previstas por el código penal, con lo cual, si bien respeta la

⁴ Con motivo del feriado del 24 de marzo, donde se conmemora el “Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”, recordando a las víctimas del terrorismo de estado de la última dictadura militar, al sábado 21 y domingo 22, se le sumaban el lunes 23 (feriado puente) y el martes 24 de marzo.

prohibición del art. 99 inc. 3 de la Constitución argentina, se inmiscuye en atribuciones judiciales al interpretar los tipos penales.

Dice al respecto: *“Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”.*

El artículo 5° refuerza las actividades que no pueden llevarse a cabo⁵, mientras el art. 6° establece las excepciones al aislamiento, restringiendo a unas pocas tareas, aun cuando contemplando situaciones de urgencia, las cuales, al no estar definidas, dejan dudas sobre su alcance.

Más allá de las objeciones hasta aquí formulada, no puede soslayarse del análisis el comportamiento de los demás poderes estatales, así como de la sociedad en su conjunto.

Con respecto al Poder Legislativo, nada justifica una parálisis como en la que actualmente se encuentra. El órgano más importante de la deliberación democrática no funciona desde antes del comienzo del aislamiento.

Acaso ¿no podía modificar su reglamento y sesionar en línea? Y si consideraban que ello no era adecuado, no podían, tomando los mayores recaudos posibles, sesionar presencialmente.

⁵ Art. 5°: “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas”.

Si permitimos que los cajeros de los supermercados trabajen, que los empleados de los almacenes desarrollen sus actividades, que los médicos y enfermeros asistan a los hospitales, por qué el Congreso, en una situación de semejante envergadura, va a dejar de sesionar.

Se podrá decir, sin faltar a la verdad, que realizan trabajos en comisión de manera virtual y que están atento a lo que sucede tratando de aportar ideas. Pero esa no es la forma principal de debate que previó la Constitución ni la misión que le ha encargado la ciudadanía, que los eligió para gobernar.

Además, contrasta que mientras el Congreso nacional no sesiona, varias legislaturas provinciales han dictado leyes.

Y a mayor responsabilidad en el cargo, mayor deber de diligencia.

Otro tanto acontece con el Poder Judicial. Pese a los pedidos de la Federación Argentina de Colegio de Abogados, a distintos Colegios de Abogados del país⁶, a las serias restricciones que se plantean a los derechos individuales y a la existencia de los conflictos que este nuevo escenario trae aparejado, decide mantener la feria judicial con una guardia menos que mínima.

Acaso no pueden articularse soluciones como la adoptada por el Poder Judicial de Corrientes, donde amplió a día completo la jornada, dividiendo al personal en distintos horarios para mantener el distanciamiento, habilitando las presentaciones en línea y entregando turnos para la atención de profesionales a los fines de evitar los contagios.

Los funcionarios públicos que ocupan las altas magistraturas de los diversos poderes estatales no pueden dejar de funcionar porque la pandemia debe ser combatida dentro del estado de derecho, y no fuera de éste.

No podemos soslayar comportamientos sociales y de autoridades locales que lejos se encuentran de estar a la altura de las actuales circunstancias.

⁶ Una de las pocas voces disidentes ha sido el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, quien defendió la feria judicial, entendiendo que la misión de la justicia no es esencial.

En estos días se ha visto mucha gente dispuesta a acatar voluntariamente lo decidido, como forma de colaborar en la lucha contra el virus. También se ha visto gente predispuesta a colaborar, generosa y desinteresadamente. Se han visto dirigentes que sacrificaron parte de sus ingresos y otros que trabajan incesantemente, desde el cargo que les toca cumplir (gobernadores, ministros, intendentes, presidentes comunales, funcionarios y empleados públicos) para mejorar la situación existente.

Pero también hemos visto la peor cara que las situaciones complejas, como las que nos toca vivir, muestran del ser humano.

Se ha visto así, como poderes ejecutivos locales “cerraban” su territorio, impidiendo que todo aquel que no vivía allí se apersonara, aun cuando se encontraba habilitado para circular y tenía una necesidad, o, peor aún, cuando cumplía un servicio en beneficio de la localidad que le cerraba sus puertas, o de una localidad vecina que requería de dichos servicios. Y lo malo no sólo es la actitud de las autoridades locales, sino principalmente de los ciudadanos que apoyaron semejantes disparates.

Pudimos observar cómo algunos vecinos le pedían a los médicos y enfermeros que precisamente arriesgan su salud e incluso su vida para salvar la de otros, que no volvieran a sus propiedades, porque ellos tenían miedo al contagio.

Hemos presenciado cómo conciudadanos increpaban a sus pares porque habían realizado viajes al exterior y regresaban a sus domicilios, aun cuando no se movieran de ellos. Y cómo se reprochaba la conducta de quien no había cancelado su viaje al exterior en las semanas previas, sin considerar el esfuerzo económico que esa persona había realizado para lograr su objetivo y que, hasta último momento, las aerolíneas no le ofrecían alternativa alguna ni los gobiernos tomaban cartas en el asunto.

Hemos pedido acciones heroicas a otros compatriotas, como pretender que denunciaran síntomas antes de subir a un avión si los tenían, sabiendo que ninguna aerolínea estaba dispuesta a transportarlos en tales circunstancias y que tampoco iban a ser atendidos por los centros sanitarios de los países en los que se encontraban,

mientras asistíamos a reuniones sociales o salíamos a pasear por la calle con el perro, pese a las recomendaciones de guardar aislamiento si veníamos del exterior.

En pocas palabras, así como hemos visto acciones gratificantes, hemos visto la peor cara del rostro humano.

El miedo nunca es buen consejero.

El miedo a este enemigo invisible, poderoso y desconocido nos tiene que hacer reflexionar.

En un estado policial no resulta necesario ni el poder legislativo ni el judicial. Ellos sólo sirven como reaseguro del estado constitucional de derecho, donde las personas somos consideradas en nuestra dignidad, donde se cumplen los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad; y donde todos gozamos de los beneficios de la libertad.

Ni siquiera el Covid 19 justifica pasar de un estado constitucional a un estado policial, aunque sea por un muy breve lapso, con objetivos claros y concretos y como forma de preservar nuestro más importante derecho, el derecho a la vida.

Todos estos objetivos se pueden cumplir dentro del estado constitucional, donde funcionen los poderes legislativos y judicial, y donde las garantías de los ciudadanos se cumplan ampliamente, aun dentro de las restricciones que, una situación de la gravedad de la vivida, puedan imponer.

El miedo es el peor enemigo a nuestra forma de vida, nuestras libertades y nuestro régimen político.

Esta crisis no puede ser indiferente.

Dentro de lo malo que toda crisis trae aparejada, y los graves riesgos que conlleva, siempre aparece una oportunidad.

Una oportunidad para fortalecernos, para asumir definitivamente que los derechos no son regalos sino conquistas, conquistas que han tenido grandes costos, que han causado mucho sufrimiento en la humanidad y se han llevado muchas vidas. Y que implican obligaciones; que para poder exigirlos tenemos que construirlos.

En esa tarea, la consideración por el otro, el reconocimiento de que es un ser humano, con nuestra misma “humanidad”, que sufre, goza y siente como nosotros, es la única manera posible de que los difíciles momentos vividos sirvan para salir fortalecidos.