

La Constitución y la emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz

*Juan Vicente Sola**

Resumen

La Constitución rige en tiempos de paz como de guerra, ninguna emergencia le es ajena y por ello la restricción de derechos debida a una emergencia debe ser efectuada con extrema cautela porque supone la concesión de competencias que pueden tener consecuencias muy graves para el estado de derecho. Al mismo tiempo, estas normas dictadas apresuradamente, en muchos casos con un importante desorden, no solo son una pendiente al autoritarismo sino también una muy mala receta económica.

Palabras clave: Derecho constitucional, emergencia sanitaria, autoritarismo.

* Abogado (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Diplôme de Hautes Études Internationales, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Suiza, 1985). Doctor en Economía ESEADE Cum Laude (2007). Medalla de Oro del Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y director del Instituto de Derecho y Economía. Académico correspondiente Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Académico Numerario de la Real Academia Europea de Doctores de Barcelona. (España). Amicus Curiae en la Corte Suprema de Justicia. Director de la Maestría en Derecho y Economía y del Centro de Estudios en Derecho y Economía (UBA). Profesor Titular regular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho) y de Teoría y Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Autor, entre otros libros, de Intervención Federal en las Provincias, Las Dos Caras del Estado; El Manejo de las Relaciones Exteriores; El control judicial de constitucionalidad; Constitución y Economía; Tratado de Derecho Constitucional; Manual de Derecho Constitucional; con Edmund Phelps de Tratado de Derecho y Economía; La Corte Suprema y el nuevo Proceso Constitucional. Miembro Correspondiente The Center on Capitalism and Society, Columbia University; juansola@derecho.uba.ar.

Sanitary Emergency and the Constitution. Facing Inefficient Authoritarianism

Abstract

The Constitution rules both in times of peace as well as war. No emergency is foreign to its mandates and for this reason the restriction of rights due to an emergency must be carried out with extreme caution because the concession implies powers which can have very serious consequences for the rule of law. At the same time, generally these hastily dictated norms, and in many cases with significant disorder, are not only a slope towards authoritarianism but also a bad economic recipe.

Keywords: Constitutional Law, Sanitary Emergency, Authoritarianism.

I.

La Constitución rige en tiempos de paz como de guerra, ninguna emergencia le es ajena. Lo expresó la Corte Suprema hace muchos años: “La Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden el que los gobiernos pudieran encontrarse”; *Compañía Azucarera Tucumana c/ Provincia de Tucumán*. 1927 Fallos: 150:150.¹

Este mandato respalda la importancia de mantener la división de poderes, los frenos y contrapesos, un Congreso activo y un Poder Judicial en funciones. En estos días se ha utilizado la metáfora bélica como forma concentrar el poder de decisión en pocas manos; sin embargo, si recordamos la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, el primer ministro Churchill in-

1. En el mismo precedente constitucional se señala además: “Las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial, ni suprimir o alterar en favor del Estado las reglas creadas por la doctrina y la jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de estas surgen conflictos con los derechos de los particulares”.

formaba a la Cámara de los Comunes aun cuando en uno de los bombardeos alemanes se destruyera su recinto, es decir, sesionaban en circunstancias de peligro extremo. Si lo que nos preocupa es la situación durante una epidemia podemos recordar el ejemplo de nuestro Congreso en 1871, cuando sesionó durante el período más alto de la fiebre amarilla, donde las sesiones fueron presenciales y, aunque reducidas, cumplieron su función constitucional.

Uno de los problemas particulares de no tener sesiones en el Congreso es el de la legislación por el Presidente. Esta situación de un enorme número de decretos de necesidad y urgencia nos pone ante un conflicto constitucional: la duración de los decretos de necesidad y urgencia, por qué superan la crisis que los originaron y permanecen vigentes para los tiempos.

Las emergencias han sido tradicionalmente la justificación para la restricción de los derechos constitucionales. Esto fue particularmente evidente luego de la depresión de los años 30 cuando frente a una situación económica desconocida hasta ese momento se admitieron limitaciones a los derechos económicos durante un largo tiempo. Si bien la Argentina siguió en este tema la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos y el precedente *Avico c. De la Pesa*² vigente hasta la actualidad es tomado literalmente de un fallo de la Corte Suprema de ese país, la diferencia fue la evolución en los dos países. En la Argentina la doctrina de la emergencia continúa con variantes hasta nuestros días permitiendo una mayor regulación de los derechos constitucionales y particularmente los derechos económicos mientras que en Estados Unidos se han planteado restricciones. En este sentido sin continuar estrictamente la doctrina que surgió luego de la Gran Depresión. En el muy lamentable caso *Peralta*, luego derogado por la misma Corte Suprema, se señaló que la emergencia por sus propias características era

2. *Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl*, 7 de Diciembre de 1934. Fallos: 172:21, cita íntegramente el caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) donde se establecen las condiciones para regular una emergencia: “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional”.

indefinible.³ Afortunadamente fue derogado por el precedente Verrocchi, Fallos: 322:1726 confirmado en casos posteriores.⁴

En los Estados Unidos el cambio doctrinario es en gran medida producto de la convicción de no aumentar la incertidumbre ya existente a través de cambios inesperados de las normas. Hay una evolución entre la doctrina de la Corte Suprema de ese país desde la Gran Depresión. A modo de ejemplo para ver cómo se mantuvo el Estado de derecho con graves crisis económicas y guerras internacionales podemos recordar los casos: “De las gallinas enfermas”, “Humphrey Executor”, sobre los límites de la delegación legislativa al Ejecutivo, y en el caso de las “Acerías” cuando la Corte Suprema revocó la intervención del presidente Truman a las acerías durante la guerra de Corea.

En el caso *Schechter Poultry Corp., v. United States* 295 U.S. 495 (1935), la Corte declaró inconstitucional una reglamentación adoptada bajo la misma ley de Recuperación Industrial, y en particular del código avícola de la ciudad de Nueva York. Este código que estaba designado para asegurar la calidad de las aves impedía que se obligara a los compradores a comprar conjuntos de aves que pudieran incluir animales enfermos. Por esa razón se llamó a este caso el “de las gallinas enfermas”. La Corte Suprema declaró inconstitucional la regulación porque excedía la capacidad del Congreso de regular la cláusula comercial. Al mismo tiempo la Corte encontró que la regulación era inconstitucional ya que constituía una delegación excesiva de la función legislativa. Dijo: “No se permite al Congreso aplicar o transferir

3. Este fallo Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina Fallos: 313:1513, negó la posibilidad de una definición de emergencia: “El concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económicosocial, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Al mismo tiempo llegó a negar la importancia de la división de poderes: “La división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no solo la integración de las provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los Poderes Nacionales”.

4. Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. Fallos: 333:633.

a otros la función legislativa esencial de la que está investido”.⁵ La Corte Suprema reconoció la necesidad para que la reglamentación tratara con “el cúmulo de detalles con los cuales una legislatura nacional no puede tratar directamente”, pero consideró que “el reconocimiento constante de la necesidad y validez de este tipo de disposiciones, y la amplia extensión de la autoridad administrativa que se ha desarrollado a causa de ellos no puede oscurecer las limitaciones que tiene la autoridad para delegar, si es que nuestro sistema constitucional puede mantenerse”.

Observemos el Caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935): “un organismo administrativo creado por el Congreso para llevar adelante políticas legislativas establecidas en la ley de acuerdo con los estándares administrativos prescriptos en ella, y para cumplir otras funciones especificadas como una ayuda legislativa o judicial. Ese cuerpo no puede en un sentido propio ser caracterizado como un brazo o un ojo del Ejecutivo. Sus funciones son cumplidas sin la venia del Ejecutivo y en la redacción de la ley, debe estar fuera del control del ejecutivo. Al administrar lo establecido en la ley con respecto a los ‘métodos injustos de competencia’, es decir, al llenar y administrar los detalles dentro del estándar general, la comisión actúa en parte en una función cuasi legislativa y parte cuasi judicial”.

Otro caso paradigmático es el de las acerías, el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* del año 1952. Durante la guerra de Corea el presidente Truman ante el riesgo de un lock out empresario que pudiera poner en peligro la provisión de acero para la guerra ordenó por decreto (executive order) al secretario de Comercio que tomara posesión de las acerías y que las mantuviera en funcionamiento. La Corte rechazó la acción presidencial en un fallo que redactó el Juez Hugo Black. Escribió Black: “el Presidente se ha transformado en legislador, una función que ha sido asignada al Congreso”. La toma era por lo tanto ilegal. “El poder del Presidente, si lo tuviera, para tomar una decisión de este tipo, debe provenir de una decisión del Congreso o de la misma Constitución”.⁶

El problema de la información en los funcionarios públicos es que el acceso a la información es siempre incompleto y hay cierto tipo de información que no puede ser transmitida; es el caso del llamado conocimiento

5. Cf. 295 U.S. 495 en 1935.

6. Cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 p. 585.

empresario. La dispersión y la asimetría de la información hacen extremadamente difícil que los funcionarios puedan tomar decisiones con información incompleta o información dispersa en la sociedad.

II. ¿Quién determina la emergencia?

Este es un debate tradicional en la Ciencia Política: ¿por qué detrás de la declaración de emergencia está el riesgo del autoritarismo? Por eso, hay autores que la justifican como la única respuesta posible a una emergencia, ya sea financiera, social o sanitaria.

El jurista alemán Carl Schmitt, una voz autorizada en estos temas, dijo “soberano es quien decide el estado de excepción”.⁷ Schmitt ha sido un sostenedor del autoritarismo fundado en el derecho a la excepción, la “facultad por principio ilimitada” que tiene un soberano para dictar “la suspensión del orden vigente en su totalidad”. Dicha potestad es la que determina que alguien asuma la calidad de soberano sin importar su origen o cargo. La posición de Schmitt es inaceptable en una democracia constitucional y creo que debemos ser extremadamente cautelosos de aceptar ligeramente la doctrina de la excepción con graves consecuencias. Sin duda en una democracia constitucional con división de poderes y frenos y contrapesos quien debe determinar las restricciones en una emergencia son el Congreso y el Presidente en su aplicación con un efectivo control judicial.

III. El análisis costo-beneficio

La pregunta a responder es: ¿cómo respondemos a través de la reglamentación de derechos frente a las diferentes alternativas que se nos presentan para resolver un problema? Para ello se ha comenzado a utilizar en los últimos tiempos el análisis de costo-beneficio. Expuesto de una manera sencilla este análisis busca utilizar un criterio objetivo de valuación de la legislación y de los reglamentos, a través de determinar si el costo de la reglamentación es inferior al beneficio que se espera el resultado de esta. Sin este

7. Carl Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* translated by George Schwab, The MIT Press, 1985, p. 5 y ss. edición original en 1922.

análisis el beneficio esperado puede ser inferior al perjuicio producido por la reglamentación. Como generalmente toda regulación es el producto de un impulso político muchas veces desordenado podemos caer en la llamada “regulación mediante anécdotas”. Esta situación muy habitual se produce cuando frente a un grave problema el legislador u otro gobernante toman resoluciones simplemente para calmar la opinión pública o la expresión de los medios de comunicación. El análisis de costo-beneficio es también un aliado del control judicial sobre la razonabilidad de esas normas.

En muchos casos el gobierno necesita saber si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos. La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales. Frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta acerca de si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. La aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la administración. *La función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos.* La tarea judicial es la de *controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación* de los derechos individuales.⁸ Evitemos de esta manera la *regulación mediante anécdotas*, cuando se toman decisiones violatorias de derechos individuales sin siquiera imaginar sus consecuencias.

IV. Evitar el cambio normativo durante la emergencia⁹

Si la Constitución rige en tiempos de paz y en tiempos de guerra, según lo expresara la Corte Suprema en el clásico fallo *Compañía Azucarera*

8. Sunstein, C., *The Cost benefit State. Chicago Working papers in Law and Economics*. (Second Series). Para la experiencia en el gobierno de Obama ver: Sunstein, Cass, *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, University of Chicago Press, 2014. Al mismo tiempo para una lectura definida como “progresista” del análisis costo-beneficio ver particularmente: Richard Revesz y Michael Livermore, *Retaking Rationality, How cost-benefit analysis better protect the Environment and Our Health*, Oxford University Press, 2008. Ver también Posner, E., *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago 2001.

9. Juan Vicente Sola, “Rules vs. Discretion: the Judicial Alternative, Contemporary Readings”, in *Law and Social Justice Volume 3(2)*, 2011.

Tucumana, debemos pensar en los efectos de los cambios normativos durante la emergencia.

El distinguido economista John Taylor señaló una crítica a la necesidad de cambios regulatorios en momentos de emergencia. Expresó la idea de que las normas establecidas son preferibles a la discreción administrativa como una forma de evitar crisis financieras y de otro tipo. Las normas claras reducen la incertidumbre desenfrenada en las crisis financieras y de otro tipo y permiten decisiones estables de los actores económicos. Este punto original se completa con la importancia que tiene la revisión judicial sobre el asunto, ya que los jueces al mismo tiempo pueden controlar los excesos de discrecionalidad y proporcionar un debate para los cambios normativos. La regulación a través de litigios indica que cualquier norma legal aprobada por legisladores u organismos es en realidad un primer borrador, ya que podría reescribirse en un procedimiento judicial. La idea detrás de la “regulación a través de litigios” es que la amenaza de litigios y los riesgos masivos de responsabilidad obligarán a un cambio de comportamiento de las agencias gubernamentales y otros acusados que permitan la creación de mejores normas.¹⁰

La razón para utilizar las reglas sobre la discreción en la formulación de la política macroeconómica es económica. Taylor cita una referencia a favor de las normas como ventajosa sobre la discrecionalidad que se remonta a Hayek: “Hayek escribió en *The Road to Serfdom* (1944) en favor de las normas (rules) en lugar de la discrecionalidad como esencial para limitar al gobierno y proteger la libertad individual”.¹¹

Para Hayek, la previsibilidad era una característica importante de las políticas públicas: “Si las acciones del estado deben ser predecibles, deben determinarse mediante normas fijadas independientemente de las circunstancias concretas que no se pueden prever ni tener en cuenta de antemano...”.

10. Taylor, John B. (2010), “Swings in the Rules-Discretion Balance,” prepared for the session The Individual, the Market and the State: Rules vs. Discretion in Economic Policy Conference on the Occasion of the 40th Anniversary of Microeconomic Foundations of Employment and Inflation Theory, Columbia University, November.

11. De la obra de Hayek hay traducción castellana: *Camino de servidumbre*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

V. ¿DISCRECIÓN o discreción?

Finalmente, una última pregunta. Determinada una situación de grave emergencia y establecidas las normas para disminuir sus efectos dañinos, ¿corresponde interpretar estas nuevas reglamentaciones de derechos de una manera amplia autorizando una mayor discrecionalidad de los funcionarios?

La respuesta supone una distinción sobre la competencia de cada funcionario dentro del Poder Ejecutivo y de los gobiernos provinciales. Si la discrecionalidad es asumida por el Presidente podemos utilizar en letras mayúsculas DISCRECIÓN, ya que tiene una competencia amplia establecida en la Constitución. Pero en otros casos donde las agencias del gobierno nacional están involucradas, la palabra discrecionalidad tiene un alcance mucho más limitado; en ese caso podemos usar con letras pequeñas solo “discreción”,¹² como en el caso de oscuros funcionarios municipales clausurando supermercados por incumplimiento de precios máximos.

De esta manera corresponde hacer una reflexión final: la restricción de derechos en razón de una emergencia debe ser efectuada con extrema cautela porque supone la concesión acerca de competencias que pueden tener consecuencias muy graves para el estado de derecho. Al mismo tiempo, estas normas dictadas apresuradamente y en muchos casos con un importante desorden son no solo una pendiente al autoritarismo, sino también una muy mala receta económica.

Bibliografía

- Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl, 7 de Diciembre de 1934. Fallos: 172:21.
Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. Fallos: 333:633.
- Juan Vicente Sola, “Rules vs. Discretion: the Judicial Alternative, Contemporary Readings”, in *Law and Social Justice Volume 3(2)*, 2011.
- Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina Fallos: 313:1513.
- Posner, E., *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago 2001.
- Richard Revesz y Michael Livermore, *Retaking Rationality, How cost-benefit analysis better protect the Environment and Our Health*, Oxford University Press, 2008.

Sunstein, C., *The Cost benefit State. Chicago Working papers in Law and Economics*. (Second Series). Para la experiencia en el gobierno de Obama ver: Sunstein, Cass, *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, University of Chicago Press, 2014.