
ANOMALÍAS CONSTITUCIONALES DE LA CUARENTENA ARGENTINA

Por Mariano H. Silvestroni

1. INTRODUCCIÓN

En este breve artículo, me propongo criticar jurídicamente la “cuarentena” que rigió en la Argentina desde la hora cero del día 20 de marzo de 2020^[1] y se prolongó en su modalidad rígida durante siete meses.

Comenzaré precisando el “hecho” o “los hechos” que voy a examinar bajo la denominación “cuarentena argentina”. Con esta expresión me refiero a:

- Un conjunto de prohibiciones dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) mediante decretos de necesidad de urgencia^[2] (en adelante DNU);
- Bajo amenaza de sanción penal;

^[1] Al momento de finalizar la escritura del artículo la cuarentena regía respecto de la gran mayoría de la población argentina. Luego se fue flexibilizando y no sé cuál será la situación al momento de la publicación.

^[2] Son los decretos dictados en los términos del artículo 99 inciso 3° párrafo 3° de la Constitución Argentina que admite de forma excepcional que el Poder Ejecutivo incursione en materia legislativa, “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por estas Constituciones para la sanción de las leyes”, no pudiendo jamás legislar por esta vía en “materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”, supeditando la validez de los DNU a la ulterior intervención de una comisión bicameral que deberá luego enviar su despacho “al plenario de cada Cámara”.

- Que se aplican indiscriminadamente a toda la población;
- Que afectan el núcleo duro de las libertades constitucionales entre las que se encuentran los derechos de: circular, auto proporcionarse la subsistencia, ejercer la privacidad, relacionarse con otros, ejercer cultos religiosos, enseñar, aprender, hacer política, conspirar, difundir ideas en la vía pública, socializar, mantener relaciones sexuales con diferentes personas, explotar establecimientos comerciales, realizar actividades deportivas, defenderse en juicio, drogarse, entrar y salir del país, entre tantos otros.

No examino aquí el aislamiento de personas contagiadas, de ingresantes del exterior, de personas con síntomas, de contactos estrechos. El hecho del caso es completamente diferente.

Esta cuarentena (denominada técnicamente: Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio –ASPO–) merece consideraciones diversas, desde diferentes ópticas y disciplinas.

Corresponde, ante todo, examinarla jurídicamente, ya que fue establecida normativamente por una sucesión de decretos presidenciales de necesidad y urgencia. Y así, desde el 19 de marzo hasta por lo menos el día 25 de octubre de 2020 se dictaron los DNU 297 del 19/3/20, 325 del 31/3/20, 355 del 11/4/20, 408 del 26/4/20, 459 del 10/5/20, 493 del 24/5/20, 520 del 7/6/20, 605 del 18/7/20, 641 del 2/8/20, 677 del 16/8/20, 714 del 30/8/20, 754/20 del 20/9/20, 792 del 11/10/20 y 814 del 25/10/20 (14 en total de Aislamiento, aplicables por lo menos al Área Metropolitana de Buenos Aires), cuya esencia fue disponer un virtual estado de sitio (sin denominarlo de ese modo) e invertir la regla más importante de la Constitución Nacional: el segundo tramo del art. 19 que dispone que todo lo que no está prohibido por la ley está permitido. Lo cierto es que, durante esos largos meses, vivimos al amparo de un estatuto jurídico que dispone exactamente lo contrario: todo lo que no está expresamente permitido por el PEN (y por determinadas autoridades locales delegadas), se encuentra prohibido bajo amenaza de sanción penal. Algo inédito, cuanto menos, desde el 10 de diciembre de 1983 cuando la Argentina recuperó la vida democrática y constitucional.

Este confinamiento compulsivo amerita, además, un examen desde el punto de vista utilitario; no sólo por razones políticas, sino para poner a prueba las dos grandes afirmaciones que cimientan su armazón argumental: a) que la cuarentena es el único procedimiento conocido para afrontar la pandemia (y, por ende, que no existía otra alternativa disponible); b) que su establecimiento compulsivo produciría (produjo) un resultado beneficioso para toda la sociedad.

Es que, si estas dos aserciones se demostraran falsas, los fundamentos fácticos de los DNU perderían todo valor.

Y el punto es que, en efecto, ambas premisas son falsas: a) existían medios alternativos menos lesivos y más eficaces (administración y reglamentación de los riesgos^[3]) para obtener incluso mejores resultados; b) el resultado final fue negativo, ya que (y soslayo el número de muertos y contagios que colocan a la Argentina entre los países más afectados del planeta^[4]): aa) la prohibición absoluta desatendió (como ocurre invariablemente en problemáticas engarzadas en los ámbitos neurálgicos de la libertad humana^[5]) el único remedio disponible desde la política y el derecho (repito: la administración y reglamentación de los riesgos); bb) su implementación temprana hizo que el esfuerzo (y la paciencia) social se malgastara mientras el virus no circulaba; cc) fue derrotada por una de las más poderosas armas de los ciudadanos argentinos frente a toda forma de coacción jurídica (sea legítima o ilegítima): la anomia^[6].

[3] El clásico, eficaz (y tan sistemáticamente olvidado) recurso instituido por el art. 28 constitucional.

[4] <https://chequeado.com/el-explicador/por-que-la-argentina-sigue-empeorando-en-el-ranking-de-muertes-y-contagios-por-coronavirus/>

[5] Basta con traer a colación la criminalización del comercio y el consumo de drogas, el aborto, el libre intercambio de divisas, que presentan una raíz similar (el impulso humano de ejercer ciertas libertades esenciales) y un abordaje idéntico: la prohibición casi absoluta que produce consecuencias sociales nocivas y contrarias a los fines presuntamente pretendidos.

[6] Sobre la anomia en la Argentina véase “Un país al margen de la ley” de Carlos Santiago Nino.

Como veremos enseguida, los decretos cuarentenistas son inválidos, en esencia, porque inobservan las dos instituciones constitucionales que podrían haber sido utilizadas para afrontar la emergencia: a) el estado de sitio (reglado por los artículos 23, 75 inc. 29 y 99 inc. 16 de la Constitución) que permite la suspensión temporal de los derechos constitucionales en casos de ataque exterior o conmoción interior (y que no fue dispuesto siguiendo el procedimiento constitucional); o b) la reglamentación de los derechos prevista en el artículo 28 de la Constitución que expresamente prohíbe que ellos sean alterados por las leyes reglamentarias. Como se verá, la Constitución argentina no prevé una tercera vía (como ocurre en otros ordenamientos jurídicos) y los institutos jurídicos aplicados (excepción por emergencia y “ponderación” de derechos en presunta colisión) son extraños a nuestro ordenamiento constitucional.

Examinaré todo ello a continuación.

2. VICIOS CONSTITUCIONALES DE PROCEDIMIENTO

Las anomalías constitucionales adjetivas que rodean esta sucesión de órdenes presidenciales son a mi juicio manifiestas, ya que:

a) Conforme lo disponen los artículos 23, 75 inc. 29 y 99 inc. 16 de la Constitución Argentina, el estado de sitio, por razones de conmoción interior, sólo puede ser declarado por el Congreso de la Nación cuando éste se encuentra en funciones (como es el caso ya que las sesiones ordinarias del Congreso se inauguraron el día primero de marzo de 2020);

b) A fin de eludir el denominado “embuste de las etiquetas”^[7], es preciso enfatizar que las órdenes presidenciales dispuestas (y su modo de ejecución cuanto menos durante los primeros cuatro meses) importaron materialmente un estado de sitio, caracterizado por

^[7] Sobre el concepto véase Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, primera edición de diciembre de 2000 (sin índice temático), pág. 375. George P. Fletcher, “Gramática del Derecho Penal”, traducción de Francisco Muñoz Conde, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 120.

la suspensión de las garantías constitucionales (en el caso, de su núcleo más duro) bajo amenaza de sanción penal, acompañada de la militarización de la vía pública.

Basta con tomar nota de literalidad de las órdenes presidenciales y de su materialización para disipar toda duda sobre el punto. Respecto a las órdenes, el titular del PEN sostuvo en su discurso del 19 de marzo cuando anunció el primer DNU: “a partir de las cero horas, la prefectura, la gendarmería, la policía federal y las policías provinciales estarán controlando quien circula por las calles. Y entiéndase que aquel que no pueda explicar que está haciendo en la calle se verá sometido a las sanciones que el código penal prevé...”. Una orden así no es usual en la era democrática, ya que el otorgamiento de semejante discrecionalidad a las fuerzas de seguridad es incompatible con la vigencia de los derechos fundamentales. Pero así se hizo, instaurándose un estado de policía que la Constitución Nacional no contempla.

Esas órdenes fueron acompañadas de la típica escenografía militar: aa) barricadas con personal de uniforme variopinto cerrando los accesos interjurisdiccionales; bb) secuestro de vehículos sin permisos para circular; cc) requisas corporales masivas en colectivos y trenes; dd) descenso compulsivo de pasajeros carentes de autorización expresa para circular en los medios de transporte; ee) detenciones (de lapsos variados, aunque algunas breves y otras con resultado fatal^[8]) de los desobedientes; ff) obligación de solicitar certificados de circulación para salir de los hogares; gg) promoción gubernamental y mediática de delación a los incumplidores^[9] con amplia recepción social^[10] y mediática; hh) órdenes imperativas transmitidas por megáfonos.

El típico montaje de un estado de sitio.

[8] <https://www.anred.org/2020/07/15/a-100-dias-de-cuarentena-registramos-25-muertes-en-lugares-de-detencion-y-casi-20-por-gatillo-facil/>

[9] <https://www.pagina12.com.ar/254023-linea-134-como-se-hacen-las-denuncias-a-quienes-no-cumplen-e>

[10] <https://www.buenosaires.gob.ar/justiciayseguridad/noticias/un-mes-de-habilitarse-el-147-para-denunciar-la-violacion-de-cuarentena>

c) En verdad, ningún obstáculo existió desde el inicio (y mucho menos luego de que se instauraran las “sesiones legislativas virtuales”) para que el Congreso de la Nación se reuniera y debatiera^[11] para decidir sobre todas y cada una de las materias a la postre regladas por los DNU y, fundamentalmente, para hacerse cargo de la función reglamentaria que le otorga el art. 28 constitucional^[12] o disponer el estado de sitio.

No obstante la falta de riesgo real para los legisladores, no cabe duda de que la labor parlamentaria es una actividad esencial (como lo es la de un juez o un bombero o un policía o un médico), por lo que, aún cuando se considerase que los diputados y senadores corrían algún riesgo de contagio (lo que no era el caso porque cuando se dictaron los primeros DNU no existía circulación comunitaria del virus), debieron haberlo afrontado. Mal que les pese a los funcionarios argentinos, el ejercicio de un cargo público no es una mención honorífica ni un título de nobleza; importa asumir responsabilidades y riesgos personales. Quien no esté dispuesto a enfrentarlos debería dedicarse a otra cosa.

d) Párrafo aparte: los DNU fueron avalados mediante el uso de una ley manifiestamente inconstitucional (me refiero a la ley 26.122)

[11] Baste señalar que el Congreso argentino comenzó sus sesiones ordinarias el día 1° de marzo de 2020, y que el día 12 de marzo el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 260 que establecía diversas medidas de prevención sanitaria que demuestran que: aa) podían perfectamente haber sido implementadas para el funcionamiento del Congreso y bb) el PEN ya sabía que existía una emergencia en ciernes que requeriría (según su visión de las cosas) del dictado de medidas que afectarían el núcleo duro de los derechos constitucionales. Es evidente que no se quiso convocar al congreso en ese momento (12 de marzo) porque se prefirió legislar por decreto. Por lo demás, la mayoría de los decretos que prorrogaron la cuarentena fueron dictados mientras el Congreso sesionaba de forma virtual, lo que demuestra que no concurría la situación excepcional del art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional y que la intención del Ejecutivo fue, en todo momento, eludir la intervención parlamentaria.

[12] Que dispone: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

que, palabras más, palabras menos (y conforme la interpretación actual de sus disposiciones), establece que si un DNU no es expresamente rechazado por el Congreso, éste mantiene su validez. En suma, basta con que una sola de las cámaras apruebe un DNU para que éste mantenga su estatus legislativo. Y así ocurrió en el caso, ya que los DNU fueron aprobados exclusivamente por el Senado sin intervención del pleno de la Cámara de Diputados, esto es, de los representantes del pueblo que fue afectado directamente por las medidas adoptadas.

Un despropósito incompatible con la división de poderes.

e) El DNU 297, y los sucesivos, citan disposiciones de dos pactos internacionales de derechos humanos con el objeto de justificar la limitación del derecho a la libre circulación. Concretamente, aluden al artículo 12 incisos 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[13], y al art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos^[14].

Esta invocación presenta escabrosos inconvenientes.

aa) En primer lugar, porque esas dos disposiciones se refieren, exclusivamente, al derecho a circular y no a los restantes afectados

[13] Dice “Que, si bien resulta ser uno de los pilares fundamentales garantizado en nuestro ordenamiento jurídico, el mismo está sujeto a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su artículo 12 inc. 1 el derecho a “...circular libremente...”, y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

[14] Se dice que la “Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 22 inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1 “...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

por la cuarentena. Esto deja plasmada la lamentable omisión de justificar la totalidad de las restricciones que, como veremos enseguida, no sólo afectan el derecho a movilizarse de un punto al otro del país, sino el corazón mismo de las libertades individuales, tales como las de trabajar, proveerse la subsistencia, hacer política, ejercer la privacidad, relacionarse con otros, etcétera.

bb) En segundo lugar, porque el argumento esgrimido contraviene una regla elemental de interpretación, consagrada en el art. 29 inc. b de la CADH, que prohíbe invocar cualquier disposición de la convención para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho y libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados partes”. La prohibición es idéntica a la prevista en el art. 5° inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como vimos también invocado por los decretos de excepción.

Ésta es una regla troncal de interpretación de cualquier pacto de derechos humanos: ninguna disposición de un tratado puede utilizarse para limitar derechos en mayor medida de que lo permite el propio derecho interno. Y ello es consecuencia de un principio más general, el principio *pro hómine*, que obliga escoger siempre la interpretación que otorgue mayores derechos al ciudadano frente al poder estatal^[15].

Lo cierto es que aquí (y tan pronto) volvemos al problema inicial: la Constitución argentina no admite esta clase de restricción de derechos (su alteración) salvo en el caso del estado de sitio que no fue decretado formalmente siguiendo el procedimiento constitucional establecido.

Vemos como, mediante la invocación de una regla limitativa de dos pactos internacionales, vinculadas solo al derecho de circular, el PEN pretende justificar la restricción de la totalidad de las libertades fundamentales e invertir la regla del art. 19 de la Constitución

^[15] Como veremos luego, la trampa argumental para eludir esta regla es afirmar que, en verdad, no estamos en presencia de un conflicto entre derechos individuales y la “voluntad general”, sino entre los primeros y un difuso derecho colectivo a la salud que exige una “adecuada armonización” mediante modernas y superadoras reglas de ponderación.

sin recurrir al único procedimiento constitucional instituido para reglamentar, sin alterar, los derechos (art. 28 CN) o a su suspensión mediante el estado de sitio.

cc) En tercer lugar porque, si lo que se pretende es justificar la suspensión transitoria de derechos sobre la base de lo previsto en los citados tratados, debió haberse invocado los artículos 27 CADH y 4° PIDCP y seguido el estricto procedimiento establecido en dichas disposiciones, lo que no fue el caso.

A estos vicios de procedimiento, se adicionan vicios sustanciales insubsanables:

3. VICIOS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVOS

Los decretos cuarentenistas convocan circunstancias de excepción que ameritarían la limitación del derecho a la circulación, aunque sin hacerse cargo de fundamentar la restricción de los restantes derechos que queda relegada (entonces) a una especie de fundamentación tácita que será preciso desgranar.

El fundamento tradicional para este tipo de restricciones es el conocido discurso de la emergencia^[16] (sobre el que volveré más adelante) que en los últimos años cedió paso a la lógica de la “ponderación”, un sucedáneo mucho más amigable al paladar progresista, que ha dado lugar a profusas elucubraciones doctrinarias sobre todo en los ámbitos académicos de la teoría general del derecho y del derecho constitucional^[17].

Es, por ello, necesario examinar la dogmática de la ponderación en su aplicación específica al problema que nos ocupa.

[16] De forma crítica al discurso de la emergencia, véase Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, segunda edición de 1997 (traducción al castellano de Norberto Bobbio), pág. 814.

[17] Indispensable sobre el punto, Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 23, 2003, págs. 225/238. Asimismo, Robert Alexy “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en Fernández Segado, Francisco (editor), “La Constitución española en el contexto constitucional europeo”, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 1505-1514.

3.1. La ponderación

Hoy en día es preponderante una especial concepción del instituto de la “ponderación”^[18], según la cual “todos los derechos constitucionales y convencionales son ponderables”, esto es, susceptibles de ser derrotados frente a otros derechos de igual jerarquía en el marco de un juicio de valor enderezado a establecer cuál de ellos prevalece ante un conflicto concreto. Esta idea parecería apoyarse en la afirmación de que todos los derechos (constitucionales y convencionales) tienen igual jerarquía^[19] y que cuando colisionan entre sí (prácticamente siempre para un ponderacionista consecuente) es preciso sopesarlos para establecer cuál prevalece sobre otro^[20].

La idea es atractiva pero peligrosa y, sobre todo, contraria a reglas que consagran las constituciones modernas o, al menos, la Constitución Argentina que en su artículo 28 impide que las leyes reglamentarias alteren los derechos reglamentados. Para que quede claro: no es cierto que todos los derechos tengan igual valor, que todos sean ponderables (léase, relativos, susceptibles de ser derrotados en su aplicación a un caso concreto), ya que la ponderación sólo es admisible (aún para sus partidarios) cuando no son aplicables los criterios cronológico (ley posterior deroga ley anterior), jerárquico (ley superior deroga ley inferior) y de especialidad (ley especial prevalece sobre la ley general)^[21]. El punto es que, en el caso que nos

[18] Que no es la única posible, porque hay muchas formas de concebir a la ponderación como modo de interpretar el alcance de los derechos constitucionales y sus eventuales colisiones.

[19] Dice Andrés Gil Domínguez que “En un Estado constitucional de derecho, todos los derechos fundamentales tienen a priori y en abstracto la misma jerarquía...” (“Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos”, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 65.

[20] Ídem.

[21] Al respecto, véase Jorge Baquerizo Minuche, en “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación” (en <http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>).

ocupa (y como veremos enseguida), opera el principio de especialidad^[22], que impide de cuajo toda pretensión de ponderación.

Pero lo cierto es que, tácitamente, el fundamento jurídico de la “cuarentena” argentina se apoya en un argumento ponderativo, que sostiene que ciertos derechos individuales fundamentales (transitar, trabajar, subsistir, relacionarse con los demás, procrear, ejercer el culto, hacer política, protestar, salir del país, entre tantos otros), deben ceder frente a otros derechos (colectivos) que se encuentran amenazados por la emergencia (salud pública, vida de toda la población, bien común^[23]).

En el fondo, y más allá de los esfuerzos en contrario, se cuela aquí el típico argumento de la emergencia y “la razón de estado”^[24]. La emergencia, con la que recurrentemente se justifica la violación de las reglas, la relativización de los medios en pos de los fines (tan intachables como indiscutibles), la renuncia al método de la subsunción, herramienta indispensable para la preservación de los derechos de contornos precisos e infranqueables.

El argumento ponderativo ha sido, en los últimos años, la llave para soslayar cualquier límite garantista en diferentes áreas y problemas sociales. Detrás de todo quebranto de garantías esenciales flota siempre la idea de alcanzar una finalidad loable, irrefutable, anclada en uno o varios derechos colectivos amenazados que sólo

[22] Sobre el principio de especialidad véase Norberto Bobbio, “Teoría del ordenamiento jurídico”, Editorial Temis, Bogotá, 1987, págs. 195/196. “la ley especial debe prevalecer sobre la general porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería detener ese desarrollo” (ob. cit., pág. 195).

[23] Es por ello que los DNU cuarentenistas, en sus considerandos, afirman que “La restricción parcial y temporaria a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del derecho colectivo a la salud pública y del derecho subjetivo a la vida”.

[24] Véase al respecto Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, segunda edición de 1997 (traducción al castellano de Norberto Bobbio), pág. 814.

podrían ser satisfechos sacrificando otros derechos, usualmente individuales ^[25].

Y así se cercenó el derecho a la probation en causas de corrupción o de violencia de género ^[26], se relativizó el valor de la cosa juzgada (derogándose por supuesto el *ne bis in idem* cada vez en más áreas del derecho ^[27]), la inversión de la carga de la prueba es la regla en causas de narcotráfico, corrupción, violencia de género, lavado de activos, entre otros ámbitos, con la excusa (inconstitucional) de cumplir presuntas obligaciones internacionales de criminalizar que tendrían mayor jerarquía que las propias garantías constitucionales y detrás de las que existirían derechos colectivos que exigen una tutela que, además, solo podría ser conseguida mediante sanciones de tinte penal.

Todo este desarrollo argumental es consecuencia de la primacía ideológica del llamado “neoconstitucionalismo principalista” por sobre el “neoconstitucionalismo garantista” ^[28]. Este último, defen-

^[25] Es usual, además, la falta de fundamentación suficiente sobre por qué la satisfacción de un derecho exige el sacrificio de otro ni, mucho menos, sobre las medidas menos lesivas que podrían conducir a la tutela del derecho colectivo pretendida.

^[26] Así, por ejemplo, en el caso “Góngora, Gabriel Arnaldo” (causa N° 14.092 del 23 de abril de 2013) la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, con invocación de la jerarquía normativa de la Convención de Belém Do Pará, aprobada por la ley 24.632, rechazó la posibilidad de otorgar una suspensión del juicio a prueba (probation) en un caso de violencia de género sobre la base de la obligación asumida por la Argentina de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

^[27] Véase por ejemplo, caso “Skanska S.A. s/nulidad” del 8 de octubre de 2018 de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires.

^[28] Sobre la distinción y polémica en torno al neoconstitucionalismo principalista y al neoconstitucionalismo garantista véase “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, “Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante”, Doxa, Alicante, 2011, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa_34.pdf

dido solitariamente por Luigi Ferrajoli^[29], se encuentra en franca retirada, frente a un aluvión de relativismo jurídico que en la práctica permite justificar cualquier decisión normativa, con tal que se apoye en un argumento mínimamente razonable y políticamente correcto.

El derecho moderno se caracteriza, en suma, por la primacía de la razón de estado, con la particularidad (que le otorga un halo de bondad que la distingue de los argumentos autoritarios) de que “la ruptura de las reglas del juego se invoca en estos casos para la tutela de las mismas reglas del juego; el estado de derecho se defiende mediante su negación”^[30].

3.2. Improcedencia de la ponderación. El principio de especialidad

La lógica de la ponderación en la que se apoya el instituto de la cuarentena presenta varios problemas.

Ante todo, no cabe duda de que la materia derogada con motivo de la ponderación integra el núcleo duro de los derechos fundamentales: derecho a circular, a trabajar, a procurarse la subsistencia, a relacionarse con otros, a la intimidad (que requiere de la posibilidad de circular y relacionarse con los demás), a hacer política, a manifestarse, a conspirar, al ejercicio del culto, a la salud (en sentido amplio), a no vivir bajo la regla de la autoridad.

La materia derogada, por su anclaje constitucional y por sus contornos específicos, es inderogable por la ley de jerarquía inferior. Sólo puede ser suspendida en el marco de un estado de sitio (y tampoco hay consenso sobre si esa suspensión de derechos puede ser amplia o simplemente acotada^[31]), pero en la Argentina ese re-

[29] Véase Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, en “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, Doxa, 2011.

[30] Ferrajoli, “Derecho y Razón...”, cit., pág. 814.

[31] Sobre las diferentes posiciones al respecto vease Gregorio Badeni “Derecho constitucional. Libertades y Garantías”, Ad. Hoc., Buenos Aires, 1993, págs. 578/586.

curso excepcional no fue decretado por el Congreso de la Nación como obligatoriamente correspondía.

La imposibilidad constitucional de excepcionar esos derechos, o de hacerlos ceder en miras de la presunta evitación de peligros (por ejemplo, contra la vida de toda la población) o de la satisfacción de derechos colectivos (por ejemplo, a la salud pública), es consecuencia necesaria del contorno específico que la Constitución le asigna a aquellos derechos fundamentales, mediante disposiciones que consagran normas que son ley especial frente a otras normas de contenido más general o difuso.

Dicho de otro modo, respecto de ciertos derechos fundamentales rige el principio de especialidad, que los hace prevalecer por sobre principios más genéricos o respecto de derechos de contornos difusos.

Ejemplo: el derecho a no ser torturado es ley especial frente a cualquier derecho genérico (por ejemplo, el de evitar atentados terroristas o de “esclarecer” delitos contra la humanidad o contra la integridad del Estado o contra personas vulnerables, etcétera) que pretenda acudir a la tortura para garantizar su tutela. Otro ejemplo: el derecho a difundir ideas sin censura previa, es ley especial contra cualquier pretensión normativa de prohibir (*ex ante*) la difusión de una idea repugnante, ofensiva, o “peligrosa”. Otro ejemplo: el derecho de procurarse la propia subsistencia (comerciendo, trabajando, ejerciendo una profesión) es un derecho especial, imponderable frente a cualquier emergencia (como podría ser la amenaza de que se puedan intercambiar elementos peligrosos y prohibidos, o información sensible para el Estado, en el marco de aquellas actividades) que “exija” vedar el ejercicio de esos derechos. Otro ejemplo: el derecho de ejercer libremente un culto, es ley especial frente a cualquier pretensión de seguridad fundada en el temor de que ciertos cultos promuevan el terrorismo o la violencia contra las mujeres o la discriminación. Otro ejemplo: el derecho de mantener libremente relaciones sexuales es ley especial frente al derecho a la salud pública aún en caso de que haya una epidemia de enfermedades transmisibles durante el acto sexual. Otro ejemplo: el derecho a tener hijos es invulnerable frente a una crisis de superpoblación que pretenda hacerlo ceder frente al “derecho colectivo” de vivir en un ambiente sano. Y la lista es enorme y está definida, repito,

por el contorno que la Constitución y las Convenciones le otorgan a cada derecho en particular, en suma, por el contenido especial de cada derecho fundamental.

Como podrá advertirse, todos los derechos mencionados en los ejemplos imponen “obligaciones negativas” al Estado; prohibiciones concretas (de torturar, censurar, vedar un culto, clausurar comercios, prohibir relaciones sexuales o nacimientos, etcétera) que no pueden ceder frente a “obligaciones positivas” emergentes de la necesidad de satisfacer derechos genéricos anclados en principios generales u orientativos.

Esto nos lleva a uno de los puntos clave del análisis. Hay ciertos derechos fundamentales (los afectados por la normativa cuarentenista) que tienen contornos precisos y especiales y que se distinguen de otros derechos de contenido más difuso o ambiguo. Los primeros están anclados a reglas, mientras que los segundos se infieren de principios^[32], que usualmente evocan directrices enderezadas a la satisfacción de finalidades tales como el bien común, la seguridad ciudadana, la salud pública, el medio ambiente sano y equilibrado. Y en efecto, como vimos, los decretos afirman que “La restricción parcial y temporaria a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del derecho colectivo a la salud pública y del derecho subjetivo a la vida”^[33].

[32] Sobre la distinción entre Reglas y Principios podemos encontrar un excelente resumen y análisis en Juan Pablo Alonso, “Interpretación de las normas y derecho penal”, Editores del Puerto, colección tesis doctoral, Buenos Aires, 2006, págs. 164/184. Véase también, Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de estudios constitucionales, versión castellana de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, 1993, págs. 419-454. Sobre los diferentes criterios de diferenciación, también Guastini “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico” publicado en “El realismo jurídico Genovés” Marcial Pons, Madrid, Barcelona Buenos Aires, págs. 88/90. Y por supuesto, sobre la polémica alrededor de la distinción, es clásico el debate entre Hart y Dworkin, suficientemente reseñado en el “Proscript” de Hart (1994), punto 3, en especial en el ítem ii) titulado “Reglas y principios”.

[33] La invocación del derecho a la vida es, en verdad, una referencia a la “amenaza potencial” del derecho a la vida, y también habría que agregar aquí la

Párrafo aparte: con esto no niego una futura necesidad de limitar esos derechos inalienables en aras a una eventual situación extrema que pudiese aquejar a la humanidad (imaginemos por ejemplo el caso de una superpoblación que tornase inviable la vida si los seres humanos se reprodujesen indiscriminadamente), pero eso requeriría de un nuevo orden jurídico y, sobre todo, de un nuevo ordenamiento constitucional.

Lo cierto es que la Constitución argentina no autoriza vedar el ejercicio del núcleo duro de los derechos constitucionales ni siquiera en situaciones de emergencia. Solo autoriza reglamentarlos, incluso de forma intensa (juega aquí el principio de razonabilidad que examinaré seguidamente), pero jamás su abrogación, ya que la reglamentación debe respetar los límites establecidos en el art. 28 de la Constitución que prohíbe que las leyes “alteren” el derecho reglamentado. Otra vez: el artículo 28 es una “ley especial” que impide toda ponderación de la que pueda resultar la alteración de un derecho fundamental.

Otro punto crucial a la hora de considerar el argumento ponderativo es que los decretos cuarentenistas han invertido la regla del art. 19 constitucional según la cual todo lo no prohibido expresamente está permitido.

La inversión de esa regla hace que las personas deban pedir a las autoridades (nacionales, provinciales, municipales) la habilitación de actividades concretas para poder ejercer sus derechos. Un dislate jurídico que hierde de muerte la regla más sacrosanta en materia de derechos fundamentales, una regla claramente inderrotable. Otra vez: sencillamente porque constituye una “ley especial” de jerarquía superior y así se desprende de la simple lectura del artículo 19 de la Constitución^[34], que no deja margen de dudas sobre la “especialidad” de la regla de la libertad (norma de cierre constitucional) frente a cualquier emergencia que pretenda relativizarla.

integridad física e incluso la salud individual y no sólo la pública. Pero siempre como amenaza potencial porque no estamos en presencia de su sacrificio directo.

[34] “Nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

4. REGLAMENTACIÓN DE DERECHOS

Los derechos fundamentales no pueden ser excepcionados pero sí reglamentados, y esa es la función primordial de las leyes de jerarquía inferior tal como lo dispone el art. 14 de la Constitución cuando reza que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”. Pero una cosa es reglamentar y otra es derogar o alterar el contenido de un derecho y es por eso (como vimos) que el art. 28 de la Constitución dispone que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” ^[35]/^[36].

Estas disposiciones regulan tanto la reglamentación estándar de los derechos constitucionales (esto es, la correspondientes a situaciones de “normalidad”) como la que corresponde establecer en situaciones de emergencia, ya que la Constitución argentina no prevé un estadio intermedio entre “la normalidad” y “el estado de sitio” que habilite “alterar” los derechos constitucionales.

Es por ello que la única alternativa constitucionalmente válida con la que contaba el Estado nacional, era reglamentar (por vía parlamentaria, no por decreto) los derechos constitucionales fundamentales, para adecuar su ejercicio a la amenaza proveniente de la pandemia. Pero no ocurrió así y se escogió una herramienta (la ponderación) no prevista en la Constitución Nacional como instrumento de derogación parcial de derechos especiales con contornos precisos y de los que se imponen obligaciones negativas al Estado.

^[35] Sobre la dogmática de esta disposición constitucional, véase Juan Francisco Linares, “La razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina”, 2da. edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.

^[36] Bien se ha dicho sobre esta disposición que “recoge en toda su pureza y fuerza el supuesto ideológico del liberalismo: la libertad individual es oponible al mismo poder público, incluso al legislador” (“Razonabilidad de las leyes...”, cit., pág. 162).

5. AFECTACIÓN A TERCEROS

En estrecha relación con el concepto de reglamentación, es preciso abordar el denominado principio de afectación^[37], “en virtud del cual la coerción jurídica en general se legitima en función de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales y colectivos”^[38].

La base normativa del principio es vasta: nace en la “Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1789” que forma parte integrante de la Constitución Francesa^[39], lo consagra la Constitución Argentina en su artículo 19^[40] (mediante una fórmula similar a la utilizada en las constituciones de Uruguay^[41] y Costa Rica^[42]) y lo encontramos en las convenciones de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[43], la Con-

[37] Sobre su concepto y contornos específicos véase Mariano Silvestroni, “Teoría Constitucional del Delito”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, págs. 190/198.

[38] Silvestroni, “Teoría...”, cit., pág. 192.

[39] Que en su artículo cuarto establece que “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”. Y el artículo quinto dispone: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene”.

[40] En la parte que reza “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

[41] Artículo 10 de la Constitución uruguaya.

[42] Artículo 28 de la Constitución de Costa Rica.

[43] En cuanto consagra una protección expresa y general del derecho a la privacidad en su artículo 17 y luego, de forma más casuística al regular diferentes derechos, establece la posibilidad de limitarlos para proteger la seguridad nacional, la salud, la moral pública, el orden público o derechos de terceros (arts. 12, 14, 18, 19, 21).

vencción Americana de Derechos Humanos^[44], la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52 inc. 1) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29 inc. 2)^[45].

Digo que los conceptos de reglamentación y afectación se relacionan porque en virtud del principio de razonabilidad^[46], las restricciones jurídicas sólo son válidas en la medida en que se ajusten al tipo de afectación, al grado de “peligro” que amenace a los bienes jurídicos y amerite la imposición de restricciones.

Este es el punto medular del abordaje normativo de la emergencia producida por la pandemia del Covid 19, un punto que lamentablemente no fue debidamente encarado por las autoridades de los principales países del mundo, porque en lugar de preocuparse por mantener la integridad de los derechos (mediante reglamentaciones enderezadas a disminuir riesgos) optaron por derogarlos de cuajo. La afectación no fue, en suma, considerada realmente como fundamento sino solo como una mera afirmación dogmática, lo que impidió considerar que normativamente no cualquier afectación es válida para legitimar la restricción parcial de derechos, sino una afectación jurídica que no sea aquella propia del ejercicio de la propia libertad^[47].

Es que, indudablemente, el ejercicio de los derechos fundamentales siempre es fuente de riesgo, como lo es el desarrollo de cual-

[44] Al igual que el instrumento anterior, establece una protección fuerte a la vida privada en el art. 11 inc. 2, y en referencia puntual a ciertos derechos permite al Estado limitarlos para proteger la salud, la moral pública, la seguridad o los derechos y libertades de los demás (arts. 12, 15, 16, 22).

[45] Con respecto a la interpretación de todas estas disposiciones, véase Silvestroni, “Teoría...”, cit., págs. 192/195.

[46] Sobre el principio de razonabilidad, véase Juan Francisco Linares “La razonabilidad de las leyes...”, ya citado, como asimismo Máximo Cuono “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”, en “Economía. Revista en cultura de la legalidad”, nro. 3, septiembre de 2012, págs. 44-60; y, también, José Luis Bazán L. y Raúl Madrid R., “Racionalidad y Razonabilidad en Derecho”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 18, nro. 2, 1991, págs. 179-188.

[47] Al respecto, en extenso, Silvestroni, “Teoría...”, ídem.

quier actividad humana. Y es por eso que, en un orden constitucional que garantiza derechos y libertades de forma intensa, las limitaciones enderezadas a conjurar riesgos deben considerar siempre: aa) la intensidad del peligro; bb) las distintas alternativas disponibles para disminuirlo; cc) si la alternativa menos restrictiva es apta para obtener esa finalidad; dd) si el riesgo es o no inherente a la esencia del derecho en cuestión. De lo contrario, la limitación es puramente autoritativa y se desvincula del principio de afectación.

Lo cierto es que, como veremos a continuación (mediante la refutación de los argumentos y datos fácticos utilizados como fundamento de la derogación de los derechos) la administración de los riesgos era la mejor opción técnica, que resultaba además compatible con la vigencia de los derechos involucrados sin necesidad de acudir a su abrogación.

6. PROBLEMAS ARGUMENTALES Y FÁCTICOS DE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS Y DEL JUICIO DE PONDERACIÓN

Aún siguiendo la lógica de la emergencia y de la ponderación adoptadas en los DNU examinados, la validez constitucional de una restricción tan intensa de derechos fundamentales exige (en función del principio de razonabilidad del art. 28 de la Constitución argentina) que ella sea la única alternativa en miras de obtener las finalidades pretendidas, lo que en el caso (ya veremos) dista de contar con un consenso mínimamente aceptado y, por lo demás, es falso.

Jamás fue necesario derogar los derechos que efectivamente lo fueron para asegurar la salud de la población. Una administración racional de riesgos habría permitido arribar a resultados más eficientes, sin los costos que finalmente hubo que pagar.

Esta cuestión exige examinar cuanto menos dos cosas. En primer lugar, los argumentos utilizados como fundamento de los decretos y, en segundo lugar, un conjunto de datos fácticos utilizados a los fines de dicha argumentación.

6.1. Examen de los argumentos utilizados como fundamento de las restricciones

Los argumentos utilizados por el PEN para fundar las restricciones son: aa) dogmáticos e irrefutables; bb) el prototipo del discurso de la emergencia y del miedo que ha justificado recurrentemente (al menos en la Argentina) la sucesiva violación de los derechos constitucionales prácticamente en toda su gama cromática; cc) hábiles para justificar la derogación de cualquier derecho en cualquier otra circunstancia de alegada gravedad o temor.

aa) Decimos que los argumentos son dogmáticos e irrefutables porque se basan en una trampa argumental de la que no es posible salir, apoyada fundamentalmente en postulados contra fácticos. Ejemplo: si los contagios no aumentan es porque la cuarentena funciona; ergo debe continuar. Pero, a la vez, si los contagios aumentan, la cuarentena debe prolongarse porque ha sido insuficiente. Como puede observarse, así planteadas las cosas (como, de hecho, fueron planteadas a lo largo de más de 7 meses de forma alternativa e incluso simultánea), el aislamiento siempre podrá ser auto justificado.

Otro ejemplo: se utilizan cifras xxx (cuya falsedad es harina de otro costal) para afirmar ciertos méritos que, se dice, son consecuencia de la imposición de la cuarentena. Pero el argumento se basa en la afirmación falaz de que la cuarentena existió, esto es, de que el programa de restricción absoluta impuesto por el Estado fue fielmente respetado. Pero claro (y no sólo por el expreso reconocimiento presidencial en sentido contrario^[48]) es indiscutible para cualquiera que haya transitado las calles de Buenos Aires y alrededores desde mediados del mes de abril (cuando el virus aún no tenía circulación comunitaria) que la cuarentena fue sistemáticamente inobservada por la mayoría de la población. En consecuencia, si algún logro debe asignársele a alguna medida concreta, está no podrá ser jamás una que, en la realidad, no fue implementada, que no existió. Podrá, en todo caso, decirse que el mérito fue del “distanciamiento”

[48] <https://www.youtube.com/watch?v=mIBAfNNCQ18>

(que, de hecho, fue lo que sí se practicó^[49]) pero jamás del “aislamiento”, en tanto éste fue sistemáticamente inobservado.

Esta circunstancia trae a colación otro problema no menor: el distanciamiento social (lo que de hecho ocurrió) fue implementado en el marco de un *laissez faire laissez passer* en el que el Estado no cumplió su irrenunciable función regulatoria. Es lo que ocurre siempre que (por escoger el camino de la prohibición) se renuncia a la regulación responsable. Como ya lo mencionamos, el mismo renunciamiento que se evidencia frente a problemas tales como el aborto o el consumo de estupefacientes.

bb) Decir que estamos ante el prototipo del discurso de la emergencia no requiere demasiada explicación: según el discurso pro cuarentena, si no se recurre al aislamiento social obligatorio se producirán miles y miles de muertes^[50]. Es lo mismo que se argumenta para restringir derechos de toda clase: para prohibir las drogas (porque supuestamente la libertad de drogarse produciría muertes por doquier), para aumentar las penas y crear nuevos delitos (para encerrar personas que, de otro modo, matarían aquí y allá), para derogar garantías procesales (y de ese modo evitar que se dicten absoluciones y liberaciones que habilitarían la circulación de sujetos peligrosos), para justificar la intromisión en los ámbitos de privacidad y el control absoluto de los movimientos y actividades de las personas (y combatir así, flagelos tales como el terrorismo o el crimen organizado), para confiscar depósitos (y preservar así el sistema bancario) y el extremo es, por supuesto, el terrorismo de Estado.

cc) Que ese discurso habilita restricciones ilimitadas de derechos es una obviedad. Ya vimos algunos ejemplos, pero tal como se suceden los acontecimientos es válido proyectar muchos más hacia

[49] <https://www.youtube.com/watch?v=8n49nBtTzTk>

[50] Es más, muchos afirman (sin base científica) que el aislamiento temprano evitó ese resultado y explica la “baja” tasa de mortalidad de la Argentina, dando a entender que la alta cantidad de muertos en otros países se explica en el colapso de sus sistemas de salud (lo que por lo demás, va directamente en contra de la evidencia empírica).

el futuro. Veamos: en el año 2018 en la Argentina murieron casi 32.000 personas por neumonía e influenza^[51] (en su gran mayoría en temporada invernal). ¿Por qué no consagrar indefinidamente el aislamiento obligatorio en esas épocas del año para reducir esas muertes? ¿No sería válido hacerlo si se llegase a demostrar (cuando se cuenten con las cifras finales de lo ocurrido durante este año 2020) que se produjo una sustancial reducción de esas muertes gracias al distanciamiento?

El punto es que, siguiendo la misma lógica, podríamos establecer restricciones de todo tipo a derechos fundamentales hasta hoy indiscutibles. ¿Qué decir de las enfermedades transmisibles genéticamente?; ¿Qué del HIV?; ¿Y el impacto de los hábitos (alcoholismo, consumo de cocaína, colesterol, tabaquismo) en la salud de los hijos?

¿Sería válido, por ejemplo, indagar en esos hábitos para restringir el derecho a engendrar?: exigir exámenes médicos, vedar (o cuanto menos “desmotivar”) ciertos “matrimonios”, prohibir el sexo “sin protección”, elaborar listas de “infectados” o de “potenciales peligrosos”.

La pregunta de fondo es si no se trata del mismo tipo de peligro. “El peligro de estar vivo” como compuso alguna vez un cantautor popular. La clase de riesgos inherentes a vivir, cuya prohibición (para peor, mediante su criminalización) exige abrogar la esencia misma de la libertad.

Repito lo dicho en cuanto a que no niego la preocupación de quienes esgrimen estos argumentos y pretenden imponer estas restricciones. Sólo que ellas exigen cambiar de modelo jurídico. Desear el constitucionalismo garantista y suplantar la decisión individual como fundamento jurídico de la licitud de las acciones, por la razón de Estado. La opción intermedia no es más que la consagración del capricho: escoger arbitrariamente cuando restringir una libertad y cual de ellas de todo el universo (como si la libertad fuera

[51] <https://www.telam.com.ar/notas/202002/435411-casi-32-mil-personas-mueren-por-ano-en-argentina-por-neumonia-e-influenza.html>

escindible) en función del riesgo potencial inherente al ejercicio de todo derecho.

Mi punto es que un cuarentenista consecuente debería estar completamente de acuerdo con la limitación de libertades en todos los ejemplos propuestos.

¿Estamos dispuestos a asumir ese criterio normativo?

Párrafo aparte: los DNU cuarentenistas no derogaron el derecho a la libertad de prensa y dejaron funcionar los medios de comunicación (incluyendo los programas de entretenimiento en vivo). ¿Habríamos admitido que se restringiese el derecho a la libre expresión con el mismo argumento que se restringieron los otros? ¿Cuál sería la diferencia? No hay ninguna razón constitucional, aplicable a la libre expresión, que no pueda esgrimirse respecto de las libertades derogadas. Otra demostración de que en el fondo, la prohibición y permisión se apoyan en la más absoluta arbitrariedad.

6.2. Los datos fácticos invocados

Los DNU cuarentenistas han sido fundamentados (tanto en sus textos como en los anuncios que los presentaban a la población) en un conjunto de datos que pretendían demostrar la necesidad de las medidas de aislamiento, su éxito y el fracaso de los países que no las implementaron o que lo hicieron de modo insuficiente.

Pero lo cierto es que esos datos fácticos (reglas científicas, estadísticas, consecuencias sociales) no pueden razonablemente fundamentar las restricciones, por razones que a esta altura ya están fuera de discusión incluso por parte de los defensores del aislamiento.

Veamos:

aa) Los datos invocados por el PEN como fundamento de las sucesivas cuarentenas son falsos y así quedó sobradamente demostrado cuando el día viernes 26 de septiembre de 2020, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires anunció que debido a un “cambio metodológico” debían adicionarse 3500 a los 8500 muertos por Covid acumulados que se habían comunicado desde el inicio de

la cuarentena^[52] en ese distrito. O sea que, según ese súbito “cambio metodológico” se puso de resalto un margen de error del 40% de los datos oficiales del principal distrito del país. No sólo eso, al anunciar la aparición de esos nuevos 3500 muertos las autoridades provinciales sostuvieron que esa misma modificación metodológica debía ser implementada en los restantes distritos^[53]: palabras más palabras menos, se afirmó oficialmente que ese margen de error del 40% era común a todo el país.

Ese súbito reconocimiento del error de los datos de fallecidos fue el corolario de una sucesión de inconsistencias en los informes públicos, desde que las autoridades nacionales comenzaran a reconocer que los muertos diarios informados no se correspondían en verdad con los muertos de ese día específico, sino que podía tratarse de muertos de semanas o meses anteriores que no habían sido “cargados” en el sistema^[54].

Esta anomalía es sumamente grave y no sólo porque permite cuestionar cualquier argumento basado en estadísticas públicas no confiables. El hecho de que no pueda establecerse la datación de los muertos por Covid impide realizar cualquier comprobación empírica sobre la eficacia o ineficacia de las medidas adoptadas. Impide, también, esgrimir el “argumento de la postergación” según el cual la cuarentena habría servido para postergar los efectos nocivos de la pandemia para preparar el sistema de salud.

Lo cierto es que, dada la centralidad que tuvieron las estadísticas en la fundamentación de las medidas (recordemos al titular del PEN mostrando “filminas” una tras otra^[55]), la falta de confiabilidad de los

[52] <https://www.infobae.com/politica/2020/09/25/la-provincia-de-buenos-aires-modifico-la-carga-de-datos-y-confirmando-mas-de-3500-nuevos-muertos-por-coronavirus/>

[53] <https://www.pagina12.com.ar/294976-por-que-la-provincia-de-buenos-aires-sumo-3500-nuevas-muerte>

[54] <https://www.infobae.com/politica/2020/08/23/muertos-por-coronavirus-por-el-retraso-en-la-carga-de-datos-las-cifras-de-hoy-son-una-foto-vieja/>

[55] <https://www.ambito.com/politica/alberto-fernandez/las-filminas-que-mostro-alberto-justificar-la-extension-la-cuarentena-n5121468>

datos es decisiva a la hora de considerar cualquier fundamentación racional a la derogación de derechos que rigió durante esos largos meses.

bb) A la falsedad de los datos, se suma la inconsistencia de la comparación que se propone con otros países (otro argumento central del PEN) dado que ella se basa en un error metodológico muy evidente: Argentina es de los países que menos testean en el mundo. Así, por ejemplo, al 16 de abril de 2020 (a casi un mes de impuesta la cuarentena) Argentina se ubicaba en el puesto setenta a nivel mundial ^[56] y al 28 de junio (a más de tres meses de cuarentena) se ubicaba entre los países que menos testeaban en Sudamérica ^[57].

La disimilitud en los porcentajes de testeo demuestra que la comparación que se propone como fundamento de las restricciones no es pertinente en modo alguno porque carecen de un punto de referencia en común.

cc) El análisis utilitarista (que constituye el núcleo duro de la argumentación cuarentenista) no cuenta todas las implicancias sociales del aislamiento ordenado. Cuenta sólo una (el presunto comportamiento de la pandemia del Covid 19) y tan sólo de forma parcial e inexacta como hemos visto.

Este es un punto determinante a la hora de justificar restricciones en aras de la obtención de presuntos beneficios sociales, porque sólo es posible juzgar si el resultado final es beneficioso o perjudicial tomando en cuenta todas las consecuencias de las medidas y no solo una porción arbitrariamente escogida.

Lo cierto es que, a la hora de disponer y evaluar la validez de las medidas, no se tomaron en cuenta los efectos esos más de siete meses de encierro compulsivo respecto de: aa) la salud física (afectada por la interrupción de tratamientos médicos ^[58], aumento del seden-

^[56] <https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/coronavirus-argentina-figura-entre-ultimos-puestos-ranking-mundial-testeos-preventivos.phtml>

^[57] <https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-la-argentina-en-el-fondo-de-la-tabla-de-testeos-en-la-region-nid2387142>

^[58] <https://www.infobae.com/salud/2020/08/15/covid-19-y-cuarentena-26-sociedades-medicas-resaltan-la-importancia-de-continuar-la-prevencion-y-tratamiento-de-otras-enfermedades/>

tarismo^[59], prohibición de actividades deportivas), y la salud mental^[60] de las personas; bb) la incidencia en la violencia intra-familiar y de género^[61]; cc) el aumento del desempleo^[62] y la pobreza^[63]; dd) la invasión de los ámbitos de privacidad^[64]; ee) el aumento del poder coercitivo de las fuerzas de seguridad y abusos policiales^[65]; ff) la incitación colectiva a la anomia mediante la prórroga del aislamiento obligatorio, unos pocos días después de que el titular del

<https://www.adepra.org.ar/coronavirus-argentina-cayeron-16-los-tratamientos-quimioterapia-la-cuarentena-clarin-11052020/>

^[59] <https://www.perfil.com/noticias/coronavirus/expertos-advierten-sobre-mayor-sobrepeso-y-obesidad-en-argentina-ante-cuarentena.phtml>

^[60] <https://www.telam.com.ar/notas/202005/466755-aumentan-la-depression-y-la-ansiedad-por-el-aislamiento-social-segun-un-estudio.html>

^[61] <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473082>

<https://www.infobae.com/sociedad/2020/07/07/violencia-de-genero-durante-la-cuarentena-los-llamados-a-la-linea-144-aumentaron-un-48-con-respecto-al-ano-pasado/>

<https://www.ambito.com/informacion-general/cuarentena/crece-la-violencia-genero-la-se-produjeron-92-femicidios-todo-el-pais-n5119797>

<https://www.buenosaires.gob.ar/saludsexual/temas/genero/noticias/cuarentena-se-triplicaron-las-consultas-por-casos-de-violencia-de>

^[62] https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang--es/index.htm

<https://www.infobae.com/economia/2020/06/23/el-primer-trimestre-2020-comenzo-con-un-desempleo-de-104-previo-a-la-cuarentena-plena-y-habia-mas-de-2-millones-de-desocupados-en-todo-el-pais/>

^[63] <https://www.telam.com.ar/notas/202008/498702-el-2020-finalizara-con-casi-63-de-la-infancia-en-situacion-de-pobreza-en-la-argentina.html>

<https://www.telam.com.ar/notas/202005/466092-pobreza-chicos-adolescentes-pandemia-unicef.html>

^[64] <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-el-ciberpatrullaje-y-que-relevancia-toma-durante-la-cuarentena/>

^[65] <https://www.infobae.com/politica/2020/04/28/coronavirus-en-argentina-preocupacion-en-el-gobierno-por-el-aumento-de-casos-de-abusos-policiales-durante-la-cuarentena/>

Ejecutivo reconociera que la cuarentena ya no existía más^[66]; gg) la destrucción de la vida social; hh) la ruina del deporte amateur^[67] e incluso profesional^[68]. Y la lista puede seguir y seguir.

Como vemos, las consecuencias sociales nocivas del aislamiento social (sobre todo cuando se trata de un aislamiento extremadamente prolongado) impiden afirmar livianamente que la medida pueda resultar de utilidad, sobre todo cuando ni siquiera sirvió para contener la expansión del virus y evitar su mortalidad^[69], ya que la Argentina a pesar de un país con una de las cuarentenas más larga del mundo terminó siendo de los más afectados a nivel de contagios y muertes.

Podemos discutir cual de estas variables pueden ser consideradas en un juicio de constitucionalidad o convencionalidad de las restricciones y cuáles son puras cuestiones políticas ajenas al análisis, pero habida cuenta de la centralidad de la materia prohibida, no podría negarse que en una situación de calma intelectual, todas esas variables deberían por lo menos ser consideradas como argumentos posibles en un examen de razonabilidad o proporcionalidad, en el marco del ejercicio del control de constitucionalidad.

No obstante, aún si se considerara que esas circunstancias son ajenas al citado control contramayoritario^[70], no habría razón para

[66] <https://www.youtube.com/watch?v=mIBAfNNCQ18>

[67] <https://www.tycsports.com/interes-general/efectos-de-la-cuarentena-en-la-actividad-fisica-y-el-deporte--20200731.html>

[68] <http://www.lavozdeportiva.com.ar/noticias/articulo/el-futbol-del-ascenso-despues-de-la-cuarentena-84274>

[69] <https://www.rtve.es/noticias/20201007/argentina-cumple-seis-meses-cuarentena-coronavirus/2043894.shtml>

[70] Sobre las características y problemas que acarrea la función contramayoritaria del control de constitucionalidad, ver Roberto Gargarella, “Constitucionalismo vs. Democracia” en “Teoría y crítica del derecho constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008, documento fuente “Discusiones. Núm. 1, Año 2000” <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg4551>; Andrés Gil Dominguez, “Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos”, Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 89-104.

no exigir un análisis legislativo (léase: mayoritario) al respecto. ¡Qué mejor ámbito que el Congreso para discutir esa “razonabilidad de las leyes” a las que se refiere el artículo 28 de la Constitución Argentina!

La secundarización de la función del congreso no es un dato menor, ni casual. Sólo es posible en una sociedad y en una cultura jurídica que en el fondo descreen de la importancia de la división de poderes, del rol de cada uno de ellos, que consideran a las reglas de procedimiento y de fondo como simples pruritos formales que deben ceder ante los fines justos, loables. Ante la emergencia y la ponderación.

Lo interesante del caso es que esta situación crítica pone de resalto de forma muy evidente la relación entre las formas y el fondo y, sobre todo, el vínculo entre esos “pruritos” de la estética jurídica con la pretensión de alcanzar resultados finales beneficiosos.

El respeto de la división de poderes habría permitido al Congreso hacer oír todas las voces, intervenir a todos los intereses, considerar todas las comparaciones (y no sólo las que son funcionales a la decisión que se pretende -de antemano- adoptar), probablemente demorar y acotar temporalmente (¡qué bueno habría sido!) la restricción de derechos.

En lugar de ello, la decisión la adoptó el PEN que decidió por sí y ante sí, qué opiniones considerar y qué opiniones (*ex ante*) descartar.

7. EL PUNITIVISMO COMO COLUMNA VERTEBRAL DE LA CUARENTENA

El nuevo derecho vigente en la Argentina desde el 19 de marzo de 2020 está construido sobre la base de la amenaza penal. En este sentido, el artículo 4° del Decreto 297 dispone: “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”.

Comenzaré con el análisis del artículo 205 del Código Penal que establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

El tipo en cuestión es claramente un tipo penal abierto (en tanto no especifica con precisión la conducta prohibida) que además recurre a la dogmática de lo que se denomina “ley penal en blanco”, esto es, una ley penal que requiere de una norma complementaria para establecer su radio de acción.

Tanto el tipo penal abierto como el tipo penal en blanco presentan problemas a la luz del principio de legalidad.

El tipo penal abierto porque la apertura típica dificulta *ex ante* establecer el límite entre lo prohibido y lo permitido. Como bien se ha sostenido “si en realidad hubiese tipos dolosos que remitiesen a una cláusula general de valoración serían inconstitucionales. Un tipo que abarcase todo un posible campo de antijuridicidad, especialmente en el ámbito de delitos contra el estado, tendría una amplitud prohibitiva tan enorme que no podría considerarse tipo”^[71]. En esa clase de tipificaciones el ámbito de lo prohibido depende de un acto posterior al hecho del caso (el acto de interpretación judicial que cierra el alcance del tipo penal) y esto vulnera claramente el principio de irretroactividad.

Con respecto al tipo penal en blanco, el problema constitucional se presenta cuando la ley complementaria es dictada (como ocurre en el caso que nos ocupa) por un órgano sin competencia constitucional para dictar una ley penal. Como bien se ha dicho “no es sencillo demostrar que la ley penal en blanco no constituye una dele-

[71] Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho penal...”, cit., pág. 422.

gación legislativa constitucionalmente prohibida”^[72] y que “a través de leyes penales en blanco, el legislador penal está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula de última ratio, propia del estado de derecho”^[73].

Lo cierto es que el tipo del art. 205 del CP sobre el que se estructuró jurídicamente la cuarentena argentina, no establece con precisión cuál es la conducta prohibida, en tanto la identifica como la “violación” de reglas que no surgen del tipo y que ni siquiera se circunscriben a una actividad medianamente identificable como podría ser por ejemplo el acto de circular, de explotar establecimientos, de contactarse físicamente con otros, etcétera. En suma, el tipo no establece ni siquiera el contexto en el que debe desarrollarse la acción que cae en su alcance.

Por lo demás, las reglas que identifican la conducta típica provienen de “las autoridades sanitarias”, que en el caso no son más que el propio Poder Ejecutivo Nacional. Como vemos, la determinación de la conducta prohibida es delegada en una autoridad que carece de potestad para dictar leyes penales y que, además, tiene prohibido (por el art. 99 inc. 3, CN) hacerlo mediante decretos de necesidad y urgencia como lo son el Decreto 297 y todos los posteriores. No olvidemos que “... para la CN es inconstitucional cualquier pretendida ley penal material emanada de la administración. La materia penal queda excluida de los llamados decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3, CN) —que en rigor son decretos leyes—...”^[74]. Y no cabe duda de que “la materia penal a que se refiere este inciso no puede ser otra que la abarcada en la garantía de la legalidad constitucional...”^[75], entre la que se encuentra sin duda alguna la norma complementaria del tipo penal en blanco.

[72] Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho penal...”, cit., pág. 109.

[73] Ídem.

[74] Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho penal...”, cit., pág. 106.

[75] Ídem.

El gran problema constitucional que presenta el artículo 4° del Decreto 297 es que, materialmente, es utilizado como instrumento oblicuo para prohibir el ejercicio indiscriminado de los derechos constitucionales escogidos por el Poder Ejecutivo. Dicho de otro modo: una norma enderezada a castigar la violación de reglamentos sanitarios, es utilizada lisa y llanamente para sancionar penalmente el ejercicio de todos los derechos constitucionales no habilitados expresamente por el Poder Ejecutivo Nacional. En consecuencia, caen dentro del radio de acción del tipo penal el derecho de reunirse, de explotar un restaurante, de hacer política (por ejemplo, transmitiendo ideas en las calles), de manifestarse, de protestar, de hacer ejercicios en la vía pública, de jugar al fútbol, de reproducirse, de participar de un encuentro swinger o en una orgía, de pescar, de cazar, entre tantos otros.

Esto importa, claramente, una aplicación analógica de la ley penal prohibida por la Constitución.

Con respecto al delito de desobediencia (art. 239 del CP), parece claro que jamás podría constituir delito el quebrantamiento general de las leyes porque ello importaría lisa y llanamente superponer los conceptos de antijuridicidad y tipicidad, haciendo que el quebrantamiento de toda norma (laboral, comercial, civil, administrativa) se convirtiese en delito, lo que (en tanto importaría consagrar por decreto la analogía en materia penal) constituye un disparate jurídico.

En todo caso, lo que podría configurar el delito de desobediencia es el incumplimiento de una orden concreta emanada, por ejemplo, de la autoridad policial y fundada en el decreto de excepción. Ello presenta el inconveniente de colocar en cabeza de la policía, la potestad de regular el ejercicio de todos los derechos constitucionales asumiendo funciones que no son propias de esa autoridad y que generan un grado de discrecionalidad incompatibles con la seguridad jurídica y con la esencia misma de un sistema republicano y democrático.

Párrafo aparte, merece la previsión del citado artículo 4° del DNU que ordena al Ministerio de Seguridad el secuestro de vehículos de los infractores “a fin de evitar el desplazamiento de los mismos”.

El primer vicio adjetivo es que coloca en cabeza del Ministerio de Seguridad una potestad exclusivamente jurisdiccional, que podría ser impuesta en todo caso como pena de decomiso (al final del proceso) o como medida cautelar si se dieran los presupuestos para su dictado, que se encuentran regulados en las disposiciones procesales comunes y que no pueden ser modificadas por el Poder Ejecutivo mediante un DNU.

Por lo demás, no cabe duda de que ese “secuestro sumarísimo” de vehículos es dispuesto con una finalidad claramente preventivo especial (evitar el desplazamiento) lo que lo transforma en una pena anticipada, claramente inconstitucional por lesionar el principio de inocencia.

8. SUPRESIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Los DNU examinados no incluyeron al servicio de justicia como actividad esencial. El artículo 6° inciso 3° del DNU 297 sólo exceptuó de la obligación de confinamiento al “Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes”, disponiendo con ello que todo el servicio de justicia (que no fuera de turno) quedaba clausurado y sujeto a la prohibición de funcionar.

Es cierto que el PEN “invitó” a los restantes poderes a adoptar medidas similares (art. 10, 2do. párrafo del DNU 297) dando a entender con ello que eran estos poderes quienes tenían efectivamente la potestad de decisión. Y también es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sumó al aislamiento, disponiendo una feria judicial extraordinaria.

Sin embargo, la expresa exclusión del servicio de justicia que se infiere del artículo 6° inc. 3° es incompatible con esa invitación. La ley general dictada en el DNU es clara sobre la inclusión de la actividad judicial dentro del aislamiento compulsivo. Dicho en otras palabras: la ley (el DNU) dispone que esa actividad está prohibida durante la cuarentena.

Pero no sólo se canceló la actividad judicial. Además, el trabajo de los abogados de confianza se convirtió en una actividad clandes-

tina. Ante todo, porque el ejercicio de la abogacía no fue incluido entre las actividades esenciales. Pero, fundamentalmente, porque el ejercicio de la profesión de abogado no se reduce a la posibilidad de presentar un escrito de forma digital ante un juzgado de turno. La confección e interposición de escritos es una mínima parte de la actividad profesional, sobre todo de la abogacía penal.

El trabajo de abogado consiste en concurrir a cárceles y comisarías, entrevistarse con familiares de detenidos o con personas prófugas, encontrarse e interrogar a posibles testigos, realizar tareas de investigación, entre tantas otras. Todas esas actividades fueron ilegalizadas por los decretos de aislamiento que prohibieron expresamente su realización.

Esto cierra perfectamente el círculo y le da coherencia al nuevo derecho instituido: mientras se estructura el aislamiento mediante una política netamente punitivista, se cierran los juzgados y se transforma en clandestina la actividad del abogado de confianza.

9. CONCLUSIONES (¿CORRESPONDE LIMITAR HASTA ESTE PUNTO LA ACTIVIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS?)

¿Estamos dispuestos a garantizar la libertad de forma tal que no pueda ser limitada discrecionalmente por el Estado ante una emergencia?

La respuesta puede ser política y entonces adquirirá dimensiones morales y filosóficas. Puede ser jurídica y dependerá entonces de la interpretación que se haga de los textos constitucionales y convencionales.

En ambos casos habrá que tomar una decisión: ¿Estamos dispuestos a limitar los poderes estatales del modo en que lo propongo? ¿No significaría eso “atar de manos al Estado” impidiéndole adoptar medidas beneficiosas para toda la comunicad? ¿Una constitución, así concebida, no sería un pacto suicida?

Estas preguntas y respuestas implícitas (y la pulsión de muchos por justificar excepciones a la libertad cada vez en mayores ámbitos)

trasunta una profunda desconfianza en el sentido de las libertades constitucionales.

La consagración de esas libertades constituye, de por sí, un modo de resolver las emergencias y las colisiones. Cuando la Constitución prohíbe la tortura está diciéndole a los poderes públicos que ya sabe que ese “remedio” no funciona y que debe buscar otros para esclarecer crímenes o evitar eventuales catástrofes. Cuando se garantiza el derecho de reunión, la Constitución le comunica a los legisladores que cualquier peligro que emane del ejercicio de ese derecho (imaginemos reuniones para planificar atentados terroristas o ejecutar actos de acoso cibernético o ataques financieros contra el Estado o reuniones lúdicas en las que pueden transmitirse enfermedades sexuales), debe conjurarse a través de medios diferentes a la prohibición del derecho de reunión y por supuesto, diferentes a la invasión de otros derechos como sería el caso de implementar escuchas telefónicas sin orden judicial de los participantes de esas reuniones o de la población en general para detectar comportamientos nocivos, o seguimientos por perfiles raciales.

La Constitución ordena a los gobernantes reglamentar los derechos con inteligencia: claro que es más fácil torturar, pinchar ilegalmente un teléfono, encerrar a las personas en sus casas, pero eso es demasiado elemental. La tortura y la cuarentena son instrumentos del medioevo. Los seguimientos basados en perfiles raciales, el equivalente medieval de la persecución de los infieles. Las pinchaduras no tienen comparación porque allá lejos no había teléfonos ni internet.

El punto es que todos esos dilemas, esas colisiones, esa ponderación, ya fueron consideradas y resueltas por el constituyente, mediante reglas especiales que prohíben invadir ciertos derechos y libertades, bajo cualquier circunstancia. En suma, la emergencia y la ponderación son discusiones pre-constitucionales. Quien evaluó las emergencias y las colisiones, quien ponderó y decidió el contorno de los derechos, fue el constituyente y cualquier pretensión de cuestionar esa decisión es un alzamiento contra el orden constitucional.

No es mucho pedir a los gobernantes que utilicen los mecanismos instituidos en la Constitución. En lugar de clausurar bares o res-

taurantes podrían implementar medidas de precaución para reducir las posibilidades de contagio en esos ámbitos (reglamentar, como lo manda el art. 28 de la Constitución, en lugar de prohibir al estilo pre constitucional), en lugar de encerrar a personas sanas en sus casas, podría exigirse a todo aquel que pretenda circular que lo haga en su propio vehículo (automóvil, moto, bicicleta) o a pie respetando distancias y utilizando dispositivos de seguridad o en transporte público respetando un máximo de personas por autobús o vagón de tren y siempre con medidas de sanitización. Y así podemos seguir con la lista y veremos siempre que la regulación racional es mucho más útil que la prohibición punitivista, porque ésta, como vimos, genera dinámicas disvaliosas (la anomia por ejemplo que impide todo control) que conspira contra los resultados pretendidos.

Y resulta ser que la Constitución también consideró esas cuestiones prácticas, porque las reglas férreas que establece no son principios difusos y relativos: son los medios concretos y especiales que conforman las herramientas (las únicas) con las que cuentan los gobernantes para cumplir las funciones que la propia Constitución les asigna, y para realizar aquellos principios y mandatos de optimización que persigue el texto constitucional.