
EMERGENCIA Y CONSTITUCION EN ARGENTINA Y EL COVID 19

EMERGENCY AND CONSTITUTION IN ARGENTINA AND COVID 19

Lorenzo P. GNECCO

Abogado y especialista en Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, UBA, Argentina. Docente universitario y de posgrado, publicista, ex miembro del Instituto de Derecho del Trabajo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lorenzo.gnecco@mcolex.com

Fecha de envío: 07/06/2021

Fecha de aceptación: 20/07/2021

EMERGENCIA Y CONSTITUCION EN ARGENTINA Y EL COVID 19

Lorenzo P. GNECCO

Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: El presente trabajo se propone formular algunas reflexiones ante un tema singularmente complejo, de importancia y actualidad, vinculado al problema de las emergencias frente al estado de derecho, y la repuesta producida en Argentina para enfrentar la pandemia del Covid-19 ante su impacto sobre el Derecho laboral, analizada bajo un punto de vista institucional y constitucional.

Palabras clave: COVID-19 - Emergencia - Derecho laboral - Estado de Derecho - Constitución

Sumario: 1. La legislación de emergencia. 2. La situación normativa. España. Portugal. Colombia. Perú. Bolivia. Chile. Uruguay. Otros países. Argentina. 3. Emergencia y necesidad. 4. La emergencia producida por la pandemia. La situación fáctica. La respuesta normativa en la emergencia. Una aproximación valorativa en lo institucional y constitucional.

Abstract: This work is aimed at formulating a critical thinking on a particularly complex, important and topical question related to the problem of emergencies before the State of law, and the response given in Argentina to face the Covid-19 pandemic in its impact on Labor Law, analyzed from an institutional and constitutional perspective.

Key words: COVID-19 - Emergency - Labor Law - Rule of Law - Constitution

Summary: 1. Legislation of the emergency. 2. Normative status. Spain, Portugal, Colombia, Peru, Bolivia, Chile, Uruguay. Other countries. Argentina. 3. Emergency and necessity. 4. The emergency due to the pandemic. Factual situation. Normative response in the emergency. An evaluative approach from the institutional and constitutional perspective.

1. La legislación de emergencia

Todo Estado, en cuanto cuerpo político viviente, al igual que las personas, se encuentra expuesto a afrontar diversas circunstancias negativas a lo largo de su existencia, incluyendo momentos excepcionales o situaciones de crisis de distinta clase. En su vida, pueden producirse fenómenos de suma gravedad aptos para provocar, en extremo, la destrucción de la propia organización política global, con la consecuente desaparición del Estado¹. Constituyen una situación que el Derecho público ha caracterizado como de *emergencia*. LINARES QUINTANA vincula en tal sentido dicho problema con la subsistencia del Estado² y en parecido sentido BIDART CAMPOS la refiere como peligrosa situación, patológica para la Constitución³, al igual que la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴, aludiendo a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado⁵, y lo propio hace una gran mayoría de autores. Existe también, dentro de dicho espectro, lo que en un tiempo hubo de conocerse en Argentina como *estado de prevención y alarma*⁶, el cual entraña una situación institucional preventiva ante la eventualidad de una crisis⁷. Se produce en todos dichos casos, o sumamente próximo se está, ante un estado de necesidad máxima⁸ o emergencia que impone el deber de superarlo mediante la adopción de medidas que sean de carácter extraordinario y excepcional. Un derecho de *necesidad*⁹.

¹ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. II, p. 1313.

² LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1956, t. V, p. 395.

³ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 1998, t. 2, p. 349.

⁴ Sentencia del caso *Lowes*, cit. por GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *La emergencia en la Constitución Nacional*, ED, t. 154, p. 870.

⁵ Interpretando al efecto el art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁶ Según la Constitución de 1949 que rigiera hasta 1956, La locución *estado de alarma* se aprecia también plasmada actualmente en algunas legislaciones, tal como en Venezuela, España, Portugal, y otros países.

⁷ ZIULIU, Adolfo G., *Estado de sitio*, Bs. As., p. 173/74.

⁸ SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, p. 57 y ss,

⁹ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª. ed, Bs As., 1997, t. 2, p. 189. Igualmente, MIDÓN, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As., 2001, p. 45 a 52.

Ya en el Derecho romano antiguo existían instituciones de emergencia, como lo eran el *senatus consultus ultimum*, decisión por la cual se reunían en la autoridad ejecutiva los poderes en situación de crisis, la *legibus solvere*, dispensa de las leyes en casos particulares, y la *dictadura*¹⁰. En la organización política de Roma durante su período republicano, en situaciones de grave emergencia el Senado estaba facultado para designar un dictador en el cual se concentraba el ejercicio de todos los poderes gubernamentales, una magistratura extraordinaria impuesta temporalmente, y que concluía cuando el Senado consideraba superada la crisis¹¹. El dictador¹² era un depositario individual y provisional de todo el poder, absoluto e inapelable, destinado a resolver una amenaza grave -como una guerra, un conato de revolución, una sublevación, etc.,- cuyo mandato ordinariamente duraba 6 meses. La dictadura republicana de la antigua Roma procedía, pues, en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del Estado, y tenía una duración limitada, sin perjuicio de caducar anticipadamente si el peligro era subsanado antes.

En el mundo antiguo, y hasta entrado el siglo XX, el Estado reaccionaba en forma enérgica a los fines de enfrentar las situaciones de crisis, sin mayor preocupación al efecto por los derechos individuales. En el caso de la dictadura romana todos los derechos -incluso el derecho a la vida- quedaban suspendidos durante la dictadura.

Desde mediados del último siglo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, comienza a afianzarse un cambio de sentido en la materia, iniciado desde bastante tiempo atrás, para ir estableciéndose con mayor intensidad y despliegue la regulación de los estados de excepción, no sólo para atribuir al gobierno potestades extraordinarias en situaciones de ese tenor, sino también para que sirvieran de enérgico freno a los excesos del poder en resguardo de las personas. Las constituciones modernas han procurado establecer disposiciones para regular tanto las causas por las cuales puede establecerse una situación de emergencia, como las autoridades facultadas para decretarlas, las cuales, en algunos países, no se atribuyen únicamente al

¹⁰ HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, México, 2003, p. 8.

¹¹ BADENI, Gregorio, op. cit., t. II. p. 1314.

¹² Locución derivada de "dictare", en el sentido de mandar.

Ejecutivo, sino que se requiere la intervención de los órganos legislativos, y, de manera creciente, también la de los tribunales. Así también se prescriben las limitaciones a que se hallan sujetas, tanto en cuanto a las materias susceptibles de restricción, como el tiempo en el cual las declaraciones respectivas guardan validez¹³.

Los sistemas modernos, en efecto, han propiciado enfrentar la emergencia con las instituciones que debe prever el propio orden constitucional para su defensa. Se ha dicho al efecto que un régimen democrático debe prevenir no solamente su vigencia en situaciones de normalidad, sino también bajo circunstancias extraordinarias cuando los hechos desencadenados amenazan poner en peligro la estabilidad y subsistencia del sistema constitucional¹⁴. En igual sentido, y en protección de la dignidad de la persona, en dichas situaciones sólo ciertos derechos pueden suspenderse o restringirse y las medidas que en la circunstancia adopta la autoridad pública son susceptibles de control jurisdiccional.

No obstante que la misma luciría una posición predominante, se advertirían históricamente manifestaciones en sentido discordante. El pensamiento de SCHMITT, sintetizado en que no habría norma aplicable al caos y que sería soberano quien decide en última instancia sobre la excepción¹⁵, se evidenciaría ciertamente en una senda bastante desencontrada. Claro que no tardaron distintos autores en responder con voces críticas al citado orden de ideas, como las de DYZENHAUS¹⁶, DICEY¹⁷, AGAMBEN¹⁸ y muchos más, destacando que aún en los estados de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa, del "Parlamento en primer lugar, o bien, buscando la colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, con estricto control

¹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Prólogo*, en DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM.IIJ, 1999, p. XVI.

¹⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., 1977/1988, t. VI, p. 286.

¹⁵ SCHMITT, Carl, *Political Theology, Four chapters on the concept of sovereignty*, p. 13, MIT, Cambridge, Massachusetts, 1988, University of Chicago Press, 2005

¹⁶ DYZENHAUS, David, *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?*, University of Toronto, *Cardozo Law Review*, vol. 27:5, p. 2005 y ss.

¹⁷ DICEY, Albert V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 10th ed, 1959.

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio, *State of exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005.

republicano y democrático durante la emergencia¹⁹. Se ha advertido asimismo lo cuestionable que resultaría el citado esquema de prescindir de la respuesta institucional, y que ello debería ser tomado seriamente en cuenta, ya que de lo contrario desaparecería la misma razón de ser del Estado de Derecho para dar cabida a la razón del Estado²⁰. Con agudeza se ha señalado de antaño que carecería de sentido contar con leyes, Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si dichas garantías se han de suspender cuando ocurren los casos de más peligro, ello es, los tiempos críticos²¹, ya que la emergencia no implica suspender la vigencia de la Constitución, puesto que se declara - precisamente- para preservar la Ley Suprema y sus autoridades²². En definitiva, de lo que se trata es de afirmar los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho.

El problema de las emergencias ha merecido especial tratamiento también por las Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico Social y también de su Comisión de Derechos Humanos, que desde décadas atrás se adentró al estudio y seguimiento de su impacto sobre los estados de derecho y en los derechos humanos. En las Conclusiones y Recomendaciones de su 10° Informe, hubo de advertirse que entre los años 1985 y 1997 más de un centenar de países habían vivido bajo estados de excepción, y que ello había ocurrido en todos los continentes, revelándose una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se invirtiera, convirtiéndose en regla²³.

2. La situación normativa

¹⁹ Así, vgr., ACKERMAN, Bruce, *The emergency Constitution*, 113, Yale Law Journal 1029 (2004).

²⁰ SABSAY, Daniel, *A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico*, en *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, Córdoba, 2007, p. 139.

²¹ José Manuel ESTRADA, *Convención Constituyente Provincial de 1870-1873*, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado*, op. cit., t, 5, p. 396/397.

²² CSJN, Argentina, caso *Alem* del año 1893.

²³ Informe "*La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*", del 23 de junio de 1997, 49° período de sesiones de las Naciones Unidas

La mayor parte de los países contienen, modernamente, regulaciones en el plano constitucional e infraconstitucional destinadas a enfrentar las situaciones de emergencia dentro del Estado de derecho.

España.

La legislación hispánica recoge y regula las situaciones de emergencia. La Constitución de la península ibérica, en su artículo 116, como igualmente la Ley Orgánica 4/1981, del 1º de junio, contemplan y regulan las situaciones de *estado de alarma, excepción y sitio*. Los mismos tienen vigencia “cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”²⁴. El *estado de alarma* se considera una situación extraordinaria y que se produce cuando media una alteración grave de la normalidad por causa de catástrofes, calamidades, desgracias públicas, crisis sanitarias, paralización de los servicios públicos esenciales o desabastecimiento de productos de primera necesidad²⁵. Dicha situación debe ser declarada por el Gobierno mediante un decreto acordado por el Consejo de Ministros, y puede tener una extensión máxima de 15 días, debiendo darse cuenta al Congreso de los Diputados. La misma es, no obstante, prorrogable con autorización del Congreso de los Diputados con base a lo establecido en la Constitución y el art. 6º de la Ley Orgánica 4/1981. En el citado marco, las medidas que se adopten para enfrentar la situación grave y excepcional, deben resultar imprescindibles para tal fin, resultar proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponer una suspensión de ningún derecho fundamental, conforme prevé el art. 55 de la Constitución.

En cuanto al *estado de sitio*, la decisión declarativa debe ser adoptada por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, debiendo mediar propuesta del Gobierno, en tanto que el *estado de excepción* debe ser declarado mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. En todas dichas circunstancias el Gobierno, que dirige la

²⁴ Ley Orgánica 4/1981, de Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

²⁵ Constitución española, art. 116.2; Ley Orgánica 4/1981, art. 4º,

política militar y de la defensa, asume todas las facultades extraordinarias previstas en la Constitución de dicho país y en la Ley Orgánica de Estados de Alarma, de Excepción y de Sitio.

La regulación con carácter general de las situaciones de emergencia, en cuanto situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que requiere una intervención coordinada de los poderes públicos y ciudadanos para la protección y socorro de personas y bienes, se encuentra en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, considerada Norma Básica de Protección Civil, aprobada por Real Decreto 407/1992, igualmente el RD 1097/2011, que aprobara el Protocolo de Intervención en la Unidad Militar de Emergencias, y el RD 393/2007, que aprobara la Norma básica de autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que pueden dar origen a situaciones de emergencia.

Portugal.

En la legislación lusitana la respuesta a las emergencias se aprecia también enmarcada en el Derecho constitucional de excepción. El art. 19.2 de la Constitución portuguesa de 1976 prevé el estado de emergencia, junto con el estado de sitio, el cual sólo puede ser declarado en caso de agresión efectiva o inminente por fuerzas extranjeras, o situaciones de grave amenaza, alteración del orden constitucional democrático o de calamidad pública. La distinción entre ambos supuestos fincaría en un criterio parcialmente gradualista. La declaración respectiva por el Presidente de la República previa audiencia del Gobierno y autorización de la Asamblea de la República, puede abarcar a la totalidad o parte del territorio nacional. La declaración del estado de emergencia (o de sitio) confiere a las autoridades competentes la facultad de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para el rápido restablecimiento de la normalidad constitucional. No obstante, no puede afectar en ningún caso el derecho a la vida, a la integridad personal, la identidad personal, la capacidad civil y la ciudadanía, la irretroactividad de la ley penal, el derecho a la defensa, la libertad

de conciencia y de religión²⁶. La opción por uno u otro estado, según la Ley Fundamental, debe respetar el principio de proporcionalidad y limitarse -tanto en su extensión, como duración y medios empleados- a lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la situación de normalidad constitucional. La declaración no puede ser mayor a los 15 días, aunque susceptible de prórrogas, y -con las limitaciones ya señaladas- debe especificar los derechos, libertades y garantías cuyo ejercicio queda suspendido.

La Asamblea de la República es la encargada de controlar la aplicación del estado de sitio o de emergencia²⁷, hallándose facultada para renovar, modificar o revocar las medidas aprobadas. Las previsiones constitucionales han sido desarrolladas en la Ley 44/86 sobre Régimen de estado de sitio y estado de alarma²⁸. Adicionales normas regulan también el empleo de poderes de necesidad para afrontar situaciones extraordinarias o de crisis, tal como ocurre con la Ley de Bases de Protección Civil²⁹, que habilita al Gobierno -y también a las autoridades locales y regionales- la facultad de declarar una situación de *alerta* ante una situación de *contingencia* y una situación de *calamidad*, como igualmente para tomar las medidas limitativas o restrictivas de derechos que fueran necesarias. Lo mismo acontece con la Ley de Bases de Sanidad, que contempla un compendio de medidas destinadas a la “defensa de la salud pública”³⁰. En caso de una emergencia de salud pública prescribe la adopción de las medidas excepcionales necesarias para afrontarlas.

Colombia.

La Constitución Política de Colombia³¹ contempla también mecanismos destinados a afrontar situaciones de excepción constitutivas de emergencias, instituyendo en tal sentido, una regulación relativa a los *Estados de Excepción*. En tal sentido, en el Capítulo 6° de la misma, se consideran como tales, el *Estado*

²⁶ Art. 19.6, Constitución portuguesa.

²⁷ Art. 162, b), Constitución portuguesa.

²⁸ Ley de 30 de septiembre.

²⁹ Ley 27/2006, de 3 de julio.

³⁰ Base 34, Ley 95/2019, de 4 de septiembre,

³¹ Del año 1991.

de *Guerra Exterior*³², el *Estado de Conmoción interior*, producido en caso de *grave perturbación del orden público* que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana³³, y el *Estado de Emergencia*, producido por *hechos distintos* a los anteriores y que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública³⁴.

En el primer caso, se habilita al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para la declaración del *Estado de Guerra exterior*, previa autorización del Senado³⁵, y que le habilita a ejercitar las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos respectivos y procurar el restablecimiento de la normalidad. Durante el citado estado, el Congreso continuará reuniéndose con la plenitud de sus atribuciones debiendo el Gobierno informarle periódicamente sobre los decretos que dictare y evolución de los acontecimientos. Los *decretos legislativos* que el Gobierno emitiera suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra, pueden ser reformados o derogados por el Congreso³⁶ rigen temporalmente y dejan de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. En el segundo supuesto, que requiere que la situación no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, se habilita al Presidente a la declaración respectiva con la firma de todos los ministros, la cual puede referirse a toda la República o una parte de ella, y con una duración máxima determinada³⁷, y que habilita al Presidente las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los *decretos legislativos* que en dicha circunstancia dictare, pueden suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejan de regir tan pronto se declara restablecido el orden

³² Art. 212, Constitución colombiana.

³³ Art. 213, Constitución cit.

³⁴ Art. 215, Constitución cit.

³⁵ Que puede ser omitida si el Presidente considerare necesario repeler la agresión.

³⁶ Exigiéndose al efecto el voto favorable de dos tercios de los miembros de una y otra cámara (art. 212, *in fine*, Constitución citada).

³⁷ No mayor a 90 días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere previo concepto favorable del Senado de la República (art. 213, Constitución citada).

público. En breve plazo³⁸, el Congreso debe reunirse por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones, debiendo el Presidente remitirle un informe motivado acerca de las razones que motivaron la declaración. La Constitución prohíbe asimismo la investigación y juzgamiento de civiles por la justicia penal militar³⁹.

En el último de los supuestos, la Constitución confiere una habilitación al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para declarar el *estado de emergencia* por un plazo determinado, que puede ser prorrogado hasta un máximo anual de 90 días. En dichos casos, la citada declaración faculta al Presidente, con la suscripción de todos los ministros, al dictado de decretos con fuerza de ley que se hallen destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Debe, asimismo, convocar al Congreso, si el mismo no se hallare reunido, a los fines que examine el informe motivo que debe presentarle el Gobierno, acerca de las causas que determinaron la declaración del estado de emergencia y las medidas adoptadas. El Congreso debe pronunciarse en forma expresa sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. Dicho órgano podrá igualmente durante el año posterior a la declaración, derogar, modificar o adicionar los decretos que en la instancia hubiere dictado el Gobierno. En caso que el Congreso no fuera convocado, el mismo se reunirá por derecho propio.

La norma constitucional determina la responsabilidad del Presidente y los ministros en el supuesto que se hubiere declarado el estado de emergencia sin presentarse las circunstancias exigidas por la misma, como así también por eventuales abusos cometidos en el ejercicio de las facultades que otorga al Gobierno durante la emergencia. Y se instituye asimismo un límite material al dictado de los decretos allí contemplados, que es no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Como reglas comunes a los tres estados mencionados, se impide la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales, debiendo respetarse las *reglas del derecho internacional humanitario*⁴⁰, se prohíbe la

³⁸ Dentro de los 3 días de la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción.

³⁹ Art. 213, Constitución cit.

⁴⁰ Art. 214, Constitución cit.

interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado, se hacen responsables al Presidente y los ministros por la declaración de los estados de excepción sin concurrir las circunstancias de guerra exterior o conmoción interior, como también (al igual que los demás funcionarios) por cualquier abuso que cometieran en el ejercicio de las facultades conferidas en la regulación constitucional respectiva. Se prescribe asimismo una revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno, a cuyo efecto debe el mismo proceder a su remisión inmediata a aquélla, y, en caso de incumplimiento, se habilita a la intervención de oficio e inmediata de la Corte⁴¹.

Perú.

La Constitución Política de la República del Perú⁴² habilita al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, a decretar por un plazo determinado, el *estado de excepción*⁴³. El mismo puede ser establecido en todo el territorio nacional o sólo una parte del mismo, y de ello debe darse cuenta al Congreso nacional o la Comisión Permanente.

Los estados de excepción que la normativa fundamental contempla son: el *estado de emergencia* y el *estado de sitio*. El primero procede en caso de perturbación de la paz o del orden interno, también en caso de catástrofe o graves circunstancias que afectaren la vida de la Nación. El segundo, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. En el estado de emergencia puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito, estipulándose como plazo máximo de dicho estado el de 60 días, el que, no obstante, puede ser prorrogado por nuevo decreto⁴⁴. En el estado de sitio, el decreto respectivo debe indicar los derechos fundamentales cuya ejercitación no se restringe o

⁴¹ Art. 214, cit.

⁴² Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

⁴³ Art. 137, Constitución peruana.

⁴⁴ Art. 137.1, Constitución peruana.

suspende, y su plazo no puede exceder de 45 días. La prórroga requiere aprobación del Congreso. Al decretarse el citado estado, y según reza la norma constitucional, el Congreso se reúne de pleno derecho⁴⁵.

En relación a las restricciones de derechos durante los estados de excepción, el art. 200 de la misma Constitución establece la posibilidad de interponer acciones de garantía constitucional a fin de poder revisar la razonabilidad y la proporcionalidad de las mismas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Humanos fueron asimismo suscriptas por el citado país, y han sido considerados complementarios del texto constitucional. No obstante, se ha planteado críticamente la ausencia, en el ordenamiento nacional, de una regulación integral mediante ley especial en relación a los regímenes de excepción previstos en el texto constitucional, que pudiera aportar una regulación completa, más precisa, clara y sistemática en la materia⁴⁶.

Bolivia.

La Constitución Política del Estado de Bolivia contempla el *Estado de Excepción*⁴⁷, estableciendo que el mismo podrá ser declarado por el Presidente, en todo o parte del territorio, en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural. Dicha declaración no puede en ningún caso suspender las garantías de los derechos, los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, a la información y los derechos de las personas privadas de libertad. La vigencia de la declaración queda sujeta a aprobación del órgano legislativo⁴⁸, ni bien las circunstancias lo permitan y en cualquier caso en un plazo máximo de 72 horas. También se prescribe que el Ejecutivo debe rendir cuentas ante el órgano legislativo plurinacional acerca de

⁴⁵ Art. 137.2, Constitución citada.

⁴⁶ SILES, Abraham, *Problemática constitucional del Estado de Emergencia en Perú; algunas cuestiones fundamentales*, Estudios constitucionales, vol. 15, n° 2, Dic. 2017.

⁴⁷ En sus artículos 137 a 139.

⁴⁸ La Asamblea Legislativa.

los motivos que determinaran la declaración, así como del empleo de las facultades conferidas por la Constitución y la ley.

Chile.

La Constitución Política de la República de Chile⁴⁹, según las modificaciones introducidas por las leyes de reforma⁵⁰, contempló los *Estados de excepción constitucional*. La declaración de dichas situaciones constituye una atribución del Presidente de la República⁵¹ que sólo puede efectuarse en determinados casos y formas. En tal sentido, procede en caso de *guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública*, cuando afectaren gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado⁵². El Estado de Asamblea, en caso de guerra exterior, y el de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo debe declarar el Presidente con acuerdo del Congreso Nacional.

La declaración del *estado de sitio* por parte del Presidente debe realizarse por un plazo de 15 días y con acuerdo del Congreso nacional, sin perjuicio de la posibilidad de renovación que puede aquél solicitar. El Congreso puede aceptar o rechazar la proposición de declaración, sin poder introducir modificaciones. El mismo cuenta con un plazo de 5 días para expedirse, y en caso de silencio, vencido dicho término, se considera aprobada la propuesta⁵³. No obstante, mientras el Congreso se pronuncia, el Presidente puede aplicar el estado de asamblea o de sitio inmediato. Las medidas que adopte aquél mientras no se reúna el Congreso pueden ser objeto de revisión por los tribunales judiciales. El *estado de asamblea* mantiene su duración mientras dure la situación de guerra exterior salvo suspensión anterior por el Presidente.

⁴⁹ Texto actualizado a diciembre de 2019.

⁵⁰ Texto con las reformas de las leyes 18825, 19055, 19097, 19.295, 19448, 19519, 19526, 19541, 19597, 19611, 19634, 19643, 19671, 19762, 19742, 19786, 20050, 20162, 20193, 20245, 20337, 20346, 20352, 20390, 20414, 20503, 20515, 20516, 20573, 20644, 20710, 20854, 20990, 21011, 21096, 21200 y la última por ley 21330.

⁵¹ Art. 32, inc. 5

⁵² Art. 39, Constitución citada.

⁵³ Art. 40, Constitución citada.

En caso de calamidad pública procede la declaración del *estado de catástrofe* por el Presidente, quien debe informar al Congreso Nacional las medidas adoptadas para enfrentar la situación. Si transcurridos 180 días las razones hubieran cesado en forma absoluta el Congreso puede dejar sin efecto la declaración. El estado de emergencia en caso de grave alteración del orden público o grave daño a la seguridad de la Nación lo debe declarar el Presidente determinando las zonas afectadas, no pudiendo extenderse por más de 15 días, que puede ser prorrogado por un período similar. Para sucesivas prórrogas se requiere acuerdo del Congreso⁵⁴. En caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, se contempla la declaración del *estado de emergencia*, el cual no puede extenderse por más de 15 días, aunque puede ser prorrogado por un lazo igual por el propio Presidente. Para sucesivas prórrogas se requiere acuerdo del Congreso.

Cuando media declaración de estado de *asamblea*, el Presidente queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo, pudiendo igualmente restringir el derecho de asociación, interceptar, abrir, registrar documentos y comunicaciones, requisiciones de bienes, así como establecer limitaciones al derecho de propiedad. En caso de estado *de sitio*, el Presidente se halla facultado para restringir la libertad de locomoción, arrestar personas en sus propias moradas o lugares que determine la ley, y suspender o restringir el derecho de reunión. En el estado de *catástrofe*, el Presidente puede restringir las libertades de locomoción y de reunión, pudiendo disponer requisiciones de bienes, limitaciones al derecho de propiedad, y adoptar medidas extraordinarias para el restablecimiento de la normalidad. En caso de estado de *emergencia*, puede restringir las libertades de locomoción y de reunión⁵⁵. Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no pueden, bajo ninguna circunstancia, extenderse más allá de la duración de los mismos⁵⁶. La norma constitucional impide a los tribunales calificar los fundamentos de las circunstancias fácticas invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción; no obstante, asegura la

⁵⁴ Art. 42, Constitución citada.

⁵⁵ Art. 43, Constitución citada.

⁵⁶ Art 44, Constitución cit.

posibilidad de revisión judicial respecto de medidas particulares que afecten derechos constitucionales⁵⁷.

Uruguay.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay⁵⁸ contemplaría dos poderes de emergencia en cabeza del Poder Ejecutivo, que se referirían a las medidas prontas de seguridad y la suspensión de la libertad individual. Se ha planteado por la doctrina la posible existencia de un tercer poder de emergencia, el cual se derivaría del estado de guerra y que configuraría una de las circunstancias que habilitarían la apertura de la jurisdicción penal militar⁵⁹.

La norma fundamental, en su Sección IX relativa al Poder Ejecutivo, faculta al Presidente de la República, en actuación conjunta con el Ministro o Ministros respectivos, o Consejo de Ministros, a *adoptar medidas prontas de seguridad* en los casos graves e imprevistos de *ataque exterior o conmoción interior*⁶⁰. En tal supuesto, aquél debe dar cuenta en perentorio plazo⁶¹ a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, acerca de lo ejecutado y motivos, debiéndose estar a lo que las mismas resuelvan. En orden a las personas, las referidas medidas sólo habilitan a disponer su arresto o traslado de un punto a otro del territorio, salvo que optasen por salir del mismo. Dichas medidas, así como las demás, debe ser sometidas, también en pronto plazo⁶², a la Asamblea general en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, debiendo estarse a su resolución. En punto al arresto, la norma constitucional prescribe que el mismo no podrá ejecutarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes.

⁵⁷ Art. 45, Constitución cit.

⁵⁸ Constitución de 1967, con las modificaciones plebiscitadas en noviembre de 1989, noviembre de 1994, diciembre de 1996 y octubre de 2004.

⁵⁹ ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., *Los Estados de Excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales*, *Ius et Praxis*, 8 (1): 147-169, 2002,

⁶⁰ Art. 168, acápite y ord. 17, Constitución uruguaya. Las formas de actuación del Ejecutivo aludidas se prescriben en el art. 149 del mismo texto constitucional.

⁶¹ Dentro de las 24 horas.

⁶² Dentro de las 24 horas de adoptadas.

Se contempla también en la normativa constitucional la hipótesis de *suspensión de la seguridad individual*. En tal sentido, el art. 31 prescribe que la misma no podrá suspenderse sino mediando anuencia de la Asamblea General, o, encontrándose ésta disuelta o en receso, de la Comisión Permanente, y en cuanto a las causales que habilitan su procedencia, serían el caso extraordinario de traición y de conspiración contra la patria; y entonces -dice el texto fundamental- sólo habilita la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el ya referido inciso 17 del art. 168 del mismo cuerpo. A diferencia de las medidas prontas de seguridad, se requiere aquí la autorización del Poder Legislativo.

Se ha considerado que las medidas prontas de seguridad serían revisables ante los tribunales judiciales, ya que no surgiría de la carta magna que la Asamblea General o la Comisión Permanente en su caso, tengan una competencia exclusiva -y excluyente- para el control de legalidad de dichos actos⁶³.

En dicho esquema normativo, la respuesta a las circunstancias excepcionales se concretaría en soluciones de igual carácter que tienden a garantizar el orden constitucional. En otros términos, y según ha sido señalado, los poderes de emergencia procurarían reafirmar el orden institucional y la vigencia plena de la Constitución con las particularidades del caso y del poder de emergencia que se moviliza⁶⁴.

Otros países.

El reconocimiento de facultades a favor de las instituciones del Estado para actuar en situaciones de emergencia se aprecia recogido en numerosos otros ordenamientos, tales como en la ***Constitución Política de la República Federativa del Brasil*** de 1988⁶⁵ (art. 21, XVII, facultades de la Unión -planificar

⁶³ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Los poderes de emergencia en Uruguay*, Cuestiones constitucionales, n° 19, México, julio/dic. 2008.

⁶⁴ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Los poderes de emergencia en Uruguay*, Cuestiones constitucionales, op. cit.

⁶⁵ Texto promulgado en octubre de 1988, con las enmiendas constitucionales de reforma de 1994, y por las realizadas desde 1992 hasta 2020.

y promover la defensa contra las calamidades públicas-; Título V, *De la defensa del Estado y de las Instituciones Democráticas*, Cap. I, *Del Estado de Defensa y del Estado de Sitio*, art. 136 y ss. -habilitación temporal al Presidente de la República para *decretar el estado de defensa* ante grave y eminente inestabilidad institucional o afectación por calamidades naturales de grandes proporciones, con restricciones a derechos, ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos; art. 137, autorización del Congreso para *decretar el estado de sitio* en forma temporal para enfrentar grave conmoción de repercusión nacional, o en caso de declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión extranjera); **Panamá** -cuya Constitución⁶⁶ (art 55) habilita al órgano ejecutivo, mediante decreto acordado en Consejo de Gabinete, a declarar temporalmente, en caso de guerra exterior o perturbación interna que amenaza la paz o el orden público, el *estado de urgencia* en toda la República o parte de ella, con suspensión de efectos de determinadas garantías constitucionales, y con intervención ulterior, sea aprobatoria, reformadora o derogatoria por el órgano legislativo (arts.- 55 y 161)-; **Guatemala** -*Estado de Calamidad Pública* decretado por el Poder Ejecutivo (Ley de Orden Público⁶⁷) contemplando diversos tipos de emergencia (*Estado de prevención, de alarma, de calamidad pública, estado de sitio, y estado de guerra*); **Italia** (declaración temporal del *estado de emergencia* -habilitada mediante ley ordinaria dispuesta por el Consejo de Ministros y que debe contar con un límite temporal-, donde se faculta al Gobierno al dictado de Decretos del presidente del Consejo de Ministros para enfrentar la emergencia), y muchos más.

Argentina.

a) El enfrentamiento y la solución de las situaciones de emergencia a través de las instituciones establecidas por la Ley Fundamental ha sido también el camino adoptado por la Constitución federal de Argentina. En tal sentido, se ha dicho que la misma debe regir tanto en tiempos de paz o normalidad, como

⁶⁶ Constitución Política de 1972, reformada según actos de 1978, acto constitucional de 1983, actos legislativos de 1993, 1994 y 2004.

⁶⁷ Aprobada en diciembre de 1965. Véase, capítulos IV a VII, arts. 14, 15, 16, 23, de la misma.

también durante el curso de cualquier tipo de emergencia económica, social o política, incluso en tiempos de guerra⁶⁸. Dicha solución resultaría de una interpretación teleológica del art. 29 de la Constitución argentina⁶⁹, consecuente con la esencia de una democracia constitucional, y su art. 28⁷⁰. El orden constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia. Dicha forma de respuesta es también la establecida por el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las instituciones de emergencia contempladas por la Constitución Nacional de Argentina serían tres: la *declaración de guerra*, el *estado de sitio* y la *intervención federal* a las provincias (art. 75, incisos 25, 29 y 31). Las mismas constituyen las respuestas institucionales regladas por la Constitución ante emergencias de carácter político. La *declaración de guerra* incumbe al Poder Ejecutivo Nacional y debe ser autorizada previamente por el Congreso Nacional⁷¹. La declaración del *estado de sitio* se halla habilitada para los casos de conmoción interior o de ataque exterior que pusieran en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por la misma. La declaración puede abarcar la provincia o territorio donde se produzca la perturbación del orden, suspendiéndose allí las garantías constitucionales. La suspensión no habilita al presidente de la República a condenar por sí ni aplicar penas, limitándose su poder respecto de las personas a su arresto o traslado de un punto a otro de la Nación, si no prefieren salir fuera del territorio nacional⁷². La declaración, en caso de conmoción interior, así como la aprobación o suspensión del estado que se hubiere declarado por el Poder Ejecutivo durante su receso, incumbe al Congreso⁷³.

b) Luego de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la *delegación legislativa* (art. 76) y las que

⁶⁸ BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1314/1315.

⁶⁹ Que prohíbe al Congreso conceder al Ejecutivo nacional, y a las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias o la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las cuales la vida, el honor o la fortuna de las personas queden a merced de gobiernos o persona alguna.

⁷⁰ En cuanto prohíbe que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución sean alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

⁷¹ Art. 75, inc. 25, art. 99, inc. 15, y art 127, Constitución argentina.

⁷² Art. 23, Constitución argentina.

⁷³ Art. 75, inc. 29, Constitución argentina.

autorizan al PEN al dictado de decretos de *necesidad y urgencia* (art. 99, inc. 3)⁷⁴. Dichos institutos fueron incorporados como excepciones a una regla general de prohibición y, por tanto, resultarían de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Respecto de la primera, la Constitución establece una prescripción *relativamente prohibitiva*, pues, luego de estipular que se *prohíbe* la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, la admite como excepción para materias determinadas de administración o *de emergencia pública*, estableciendo como condición que dicha ejercitación sea por un plazo fijo y *dentro de las bases* de la delegación que el Congreso establezca. En cuanto a la segunda, la norma fundamental hace otro tanto, pues establece un principio general y de manera enfática, y es que el Poder Ejecutivo *no podrá en ningún caso, y bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo. No obstante, inmediatamente después admite excepción al citado principio, al prescribir que *solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios* previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, podrá aquél dictar decretos *por razones de necesidad y urgencia*. Para el andamio de la citada excepción, la normativa fundamental prescribe, no obstante, un *límite material*, pues veda su incursión en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos y, a su vez, una *condición*, consistente en que los referidos decretos sean decididos en acuerdo general de ministros, quienes deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete, y la ulterior remisión al Congreso Nacional -conforme al procedimiento allí establecido- para su tratamiento por ambas Cámaras.

c) Allende el texto fundamental argentino, a través del tiempo, y por vía legal, esto es, a través de normas *infraconstitucionales*, se han ampliado las medidas de emergencia, apreciándose una pluralidad de situaciones calificadas “de emergencia”, en materia económica, previsional, agropecuaria, sanitaria, etc.⁷⁵. Se ha sostenido al efecto que, en el curso de una emergencia de justificada gravedad, el Congreso estaría autorizado para establecer leyes conducentes para superar tal contingencia, leyes que pueden limitar con mayor

⁷⁴ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 5ª. ed., t. I, p. 519.

⁷⁵ GRILLO, Iride Isabel, *Constitución y emergencia*, Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, p. 1.

intensidad los derechos constitucionales, pero que no pueden traspasar el marco de la Constitución ni configurar un desconocimiento absoluto de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental⁷⁶.

d) Se ha vinculado comúnmente la expresión *necesidad y urgencia* con la *emergencia*, y así aparece utilizada en numerosas normas del ordenamiento legal argentino, y también por el propio titular del Poder Ejecutivo, asimilando las mismas. Dicho último vocablo, derivado del latín *emergens*, y que en su segunda acepción en la lengua castellana alude al suceso o accidente que sobreviene, en el campo jurídico aparece vinculado a la expresión del inglés *emergency*, que ha sido utilizada por el derecho anglosajón para referir a situaciones extraordinarias. En correcto castellano, la voz significaría ocurrencia o accidente, aunque por evidente anglicismo se le han atribuido los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción, y así se habla de medidas de emergencia para hacer referencia a disposiciones provisionales en casos apremiantes para el bien público o la seguridad general⁷⁷. Sin embargo, con propiedad se ha señalado que “necesidad y urgencia” no constituiría un equivalente de la “emergencia”⁷⁸. De hecho, podría existir una situación de emergencia y una necesidad y urgencia en que se adopten medidas para una inmediata solución; pero de igual manera podría también presentarse una emergencia sin que mediare necesariamente una necesidad y urgencia en el marco del texto constitucional, por lo que no todo tipo de emergencia autorizaría el dictado de una norma de aquel tipo⁷⁹. Existiría no obstante consenso en que se tratan de conceptos ligados estrechamente entre sí, en el sentido que el estado de emergencia constituiría una especie del género *estado de necesidad*⁸⁰.

⁷⁶ BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

⁷⁷ CABANELLAS, Guillermo y ALCALÁ ZAMORA, L. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 14^a. ed, Bs. As., t. 3, p. 66.

⁷⁸ COMADIRA, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, Rev. LL, 1995-B, 825, p. 5; id. SARAVIA FARIÁS, Bernardo, *Los decretos de necesidad y urgencia*, Rev. LL, del 17/04/2018.

⁷⁹ Como acontecería si se tratara de una emergencia meramente sectorial o focal. En ese sentido, fallo de la CSJN argentina, en el caso *Leguizamón Romero c/ INSSJyP*, del 7/12/2004, Fallos 327:5559.

⁸⁰ SAGÜÉS, Nestor P., *Elementos de Derecho constitucional*, 2^a. ed., Bs. As., 1997, t. 2, p. 189; PINÉSE, Graciela G., *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*, SAJ: DACC050009, año 2005.

3. Emergencia y necesidad

No se discute que los supuestos de “*emergencia*” deben ser graves, excepcionales, situaciones de crisis –de necesidad máxima-, ya que es dicha singularidad y excepcionalidad lo que justificaría -correlativamente- la adopción de medidas de excepción, no bastando los poderes ordinarios asignados por la normativa a las autoridades para la superación de la crisis.

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social, o política que representa un peligro máximo para el país -ha dicho la Corte Suprema argentina-, el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere⁸¹. El Estado puede entonces valerse lícitamente de los medios que permitan combatir con éxito dichas perturbaciones.

El ocurrimiento a facultades de emergencia para conjurar la emergencia ha sido considerado una manifestación del *poder de policía estatal*, en cuanto facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades de bien común. En una concepción restringida⁸², la seguridad, salubridad o moralidad⁸³; en una concepción amplia⁸⁴, agregándose el bienestar general⁸⁵. Mediante el ejercicio del poder de policía durante la emergencia -que supone un estado de necesidad- resultaría hasta factible suspender el ejercicio de ciertos derechos o limitar su ámbito de extensión, imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales. BIDART CAMPOS señala que una de las características fundamentales de las instituciones de emergencia es el producir un acrecentamiento de ciertas

⁸¹ CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17.

⁸² De origen europeo.

⁸³ CSJN, Argentina, Fallos 7:150, *La empresa Plaza de Toros*, 13/04/1869; Fallos 31:273, *Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson y Ferrer y otros*, 14/05/1887.

⁸⁴ De origen estadounidense.

⁸⁵ LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Bs. As., 2004, p. 95/134; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos*, en AAVV, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 2004, p. 358. BIDART CAMPOS agrega mayores finalidades en el concepto (*Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 344).

competencias del poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se origina una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas⁸⁶.

El dilema que muchas veces se presenta con relación a la emergencia, es si la misma está “*dentro*” de la Constitución, o “*fuera*” de ella. Se ha advertido a ese respecto que mientras el Estado constitucional de Derecho se basa en el principio de limitación del poder para preservar las libertades individuales, la emergencia tiene una connotación finalista, colocando muchas veces los fines y objetivos con prioridad a los medios para lograrlo⁸⁷. Con todo, y según se viera, la habilitación de un derecho excepcional en modo alguno podría ser interpretado por encima o por fuera de la Constitución, de manera contraria a las normas constitucionales, puesto que las medidas de emergencia tienden, precisamente, a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades por él creadas y deben hallarse encaminadas a restablecer la normalidad social⁸⁸. Los poderes del Estado no son ilimitados, y han de ser utilizados siempre dentro del marco del art. 28 de la carta magna argentina y bajo el control de los jueces⁸⁹, quienes deben desempeñar con *cuidadoso empeño* su función de custodios de la libertad de las personas⁹⁰. La legitimidad misma del estado de emergencia es, justamente, la defensa y el amparo del orden constitucional. Si el fundamento último de las normas de emergencia es la superación de una situación terminal, crítica, su finalidad será la consecución del bienestar general mediante la limitación de ciertos derechos subjetivos, mas, siempre dentro del marco de la razonabilidad a fin de no lesionar el Estado de Derecho. Bien se ha dicho por ello, que “a mayor emergencia, más Constitución, frente al desamparo, más amparo, frente a la crisis, mayor tutela judicial efectiva”⁹¹. Y es que, en todas las circunstancias y en todos los tiempos, subsiste la autoridad de la Constitución, inclusive en los casos extraordinarios.

⁸⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p.349/351.

⁸⁷ DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 72.

⁸⁸ GRILLO, Iride I., op. cit.

⁸⁹ CSJN, *Videla Cuello*, fallo cit.

⁹⁰ CSJN, fallo cit. Consid. 17.

⁹¹ GRILLO, Iride I. op. cit., p. 2.

Por ello, se conviene pacíficamente, dicha clase de ejercitación de facultades extraordinarias debe ser *razonable* en su contenido y *transitorio*, sin poder afectar derechos adquiridos⁹². Las restricciones no podrían superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental llegando al extremo de cercenar definitivamente o desconocer tales derechos, sea de manera total, sea de manera parcial⁹³. Así surgiría, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema argentina⁹⁴ y de la doctrina constitucional⁹⁵.

La limitación de los derechos subjetivos en dicha instancia significa *ordenación*, pero no supresión, ni tampoco suspensión, toda vez que como apuntara también el Alto Tribunal, la situación de emergencia, con excepción del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales⁹⁶.

El desafío y la fortaleza de un gobierno democrático consiste, pues, en superar la emergencia sin entrar en colisión con el sistema constitucional⁹⁷.

4. La emergencia producida por la pandemia

En el referido escenario concerniente a la validez normativa cabría analizar cuál ha sido en nuestro país, la *realidad social* existente - específicamente en lo laboral- en el marco de la emergencia sanitaria, y luego, cuál o cuáles han sido hasta el presente las respuestas normativas producidas por el sistema jurídico para enfrentar la misma en dicho orden y analizar si éstas

⁹² BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

⁹³ BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1322.

⁹⁴ CSJN, Fallos 318:1154, *Video Club Dreams*; 325:28, *Smith*; 325:2059, *Tobar*; id. caso *Provincia de San Luis*, (LL, 2003-B, 535); id. Fallos 136:61, *Ercolano*; 137:47, *Horta*; 144:219, *Mango*; 162:21, *Avico*; 209:409, *Roger Balet*; 311:1804, *Peralta*.

⁹⁵ LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado*, cit., t. V, p. 57 y t. VI, p. 31; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1990, t. I, p. 230 t t. II, p. 396; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1991, t. II, p. 327; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 2001, t. II, p. 59, 118, 120, 124 y 334; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1999, t. II, p. 545 y 601; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., 2000, p. 539; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 2001, p. 140, HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, S. Fe, 2002, p. 89.

⁹⁶ CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello c/ Prov. de La Rioja*; id. 25/09/91, Fallos 243:467; 317:1462, id. 22/08/2002, *Tobar c/ Ejército Nacional, Ministerio de Defensa*.

⁹⁷ GRILLO, Iríde, op. cit., p. 3.

admitirían ser consideradas “válidas” o bien, ofrecerían alguna claudicación a ese respecto.

a) La situación fáctica

En cuanto al primer orden de cuestiones se refiere, cabría decir que ciertamente se ha tratado -y se sigue tratando- de una dura realidad social, una situación crítica, que ni siquiera ha sido propia de nuestro país sino un fenómeno que, con matices diversos, se ha dado a nivel mundial. Una situación de emergencia que atravesó el mundo a partir de la irrupción global de la pandemia y que ha impactado en la vida de millones de personas, y que lejos parecería de haber concluido en sus efectos. De acuerdo a los informes de la OIT, en la primera mitad del año 2020 el descenso de horas de trabajo a nivel mundial fue significativamente peor que lo estimado previamente, habiéndose perdido aproximadamente un 5,4% de las horas de trabajo en todo el mundo en el primer trimestre (equiparable a 155 millones de empleos a tiempo completo) con respecto al cuarto trimestre de 2019, y una previsión para el segundo trimestre de pérdida del 14% de las horas de trabajo (equiparable a 400 millones de empleos a tiempo completo, y para el cuarto trimestre se calculó una pérdida del 4,9 % de las horas laborales (equivalente a 140 millones de empleos). Alrededor del 93 % de los trabajadores vivía al momento del informe, en países que aplicaban alguna clase de medida de cierre de lugares de trabajo, aunque evidenciando cierta tendencia a una mayor laxitud por parte de varios gobiernos, manteniéndose mayor cantidad de restricciones en las Américas⁹⁸. En el nuevo informe de enero de 2021⁹⁹, los registros arrojaban una pérdida anual para el año 2020 del 8,8% de las horas de trabajo a nivel mundial con relación al cuarto trimestre de 2019 (equivalentes a 255 millones de empleos a tiempo completo), siendo América Latina, junto con el Caribe, Europa meridional y Asia meridional, las regiones más afectadas. En muchos países el factor determinante de la caída de horas fue la situación de desempleo e inactividad, y en otros, la reducción de

⁹⁸ Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición, junio de 2020.

⁹⁹ Observatorio de la OIT: LA COVID-19 y el mundo del trabajo. Séptima edición, enero 25 de 2021.

horas de trabajo y la condición de trabajador-empleado pero sin trabajo por encontrarse en situación de baja temporal.

La aplicación de medidas de confinamiento, en particular varias formas de cierre de lugares de trabajo o de prohibición de actividades dispuestas en muchos países, también aplicadas en Argentina, hubo de constituir uno de los principales factores que, como consecuencia colateral, hubo de afectar significativamente el mundo del trabajo. A consecuencia de la pandemia se registró una reducción en los niveles salariales, y en el primer semestre de 2020 los salarios mensuales en dos terceras partes de los países de los que se contaban datos oficiales, se redujeron o crecieron más lentamente y se esperaba una fuerte presión a la baja en los siguientes meses, apreciándose mayores efectos adversos en los salarios de las mujeres y de los trabajadores con remuneraciones más bajas¹⁰⁰.

Según el Observatorio de la OIT, la ola de desempleo en el mundo como consecuencia de la pandemia se hizo sentir con mayor fuerza en América Latina. La crisis habría exacerbado los elevados niveles de desigualdad existentes con anterioridad, provocando una drástica contracción del empleo, de las horas trabajadas y de los ingresos¹⁰¹. Las restricciones impuestas al comercio, la industria y demás servicios para tratar de evitar la propagación del COVID-19 dejó sólo en el curso del primer semestre del año 2020 alrededor de 15 millones de personas que perdieron sus empleos durante la cuarentena, y que vinieron a sumarse a otros 26 millones que ya se encontraban sin trabajo antes de la emergencia sanitaria. La cifra ha sido la más alta de desocupación desde que existen registros, según el director para América Latina y Caribe de la OIT. De acuerdo al organismo internacional, Chile registró entre marzo y mayo de 2020 los mayores niveles de desempleo en una década; Colombia alcanzó un récord de desempleo del 21,4 % en mayo; Brasil registró también la tasa más alta de desempleo de los dos últimos años entre marzo y mayo del corriente año; Perú

¹⁰⁰ OIT, Informe Mundial sobre salarios 2020-2021, Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19, diciembre de 2020. Véase, asimismo, LOBATO, Julieta, *Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales*, pub. en el Boletín Digital de la Asoc. Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), 2020.

¹⁰¹ OIT, Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos en América Latina y el Caribe, 2ª. ed, septiembre 2020.

duplicó el desempleo entre marzo y mayo; en México, 12 millones de personas perdieron sus empleos desde marzo; nuestro país registró, por su parte, las peores cifras de desempleo desde el año 2006, lo cual vino a sumarse a un contexto de recesión económica en los últimos dos años anteriores.

Conforme cifras del organismo, en la totalidad del citado año se produjo una disminución sin precedentes de la ocupación a escala mundial de 114 millones de empleos con respecto a 2019, siendo, en términos relativos, mayor en el caso de las mujeres y en el caso de los trabajadores jóvenes. Dicha situación se vio agravada por los altos niveles de informalidad en la economía de estos países y los trabajadores del sector informal se han visto afectados en mayor medida que en crisis anteriores. La existencia de menos oportunidades en los países en desarrollo para realizar teletrabajo y la mayor vulnerabilidad de los trabajadores informales ante las medidas de confinamiento han sido susceptibles de agravar los efectos de recesión, y ocasionado serios problemas en el mercado laboral.

Los guarismos revelarían que, en el mundo laboral de los países de Latinoamérica, incluyendo Argentina, se ha producido una crisis contemporánea profunda y de las más graves de los últimos tiempos, más gravosa que la crisis financiera de 1929 y la de 2008, y no existirían pronósticos certeros acerca del alcance de las consecuencias sociales, económicas y políticas que traerá en definitiva la pandemia del COVID-19 a nivel nacional e internacional. Se apreciaría, sí, una clara situación de recesión, pero se desconoce también la profundidad que traerá aparejada. Y aunque a comienzos de 2021 era dable advertir una recuperación del empleo en la última parte del año anterior, la misma se reflejaba, no obstante, moderada y dispar.

Las consecuencias adversas sin precedentes que se han producido en el mundo del trabajo, requieren indudablemente, según la OIT, y entre varias otras cosas, de *medidas de respuesta política* de apoyo oportuno a gran escala a empresas y trabajadores. Uno de los cuatro pilares sobre los cuales deberían ser basadas dichas medidas, según el organismo, y en el marco del sistema institucional, es el de *aplicar medidas de mantenimiento del empleo*, al tiempo que *brindar apoyo adecuado a las empresas* de carácter financiero/fiscal y otros

medios de alivio, así como la extensión de la protección social a todas las personas. La reactivación del mercado laboral en América Latina y el Caribe, según un informe conjunto de la CEPAL y la OIT, habrá de producirse en forma lenta y se precisará mucho tiempo -varios años- para que los principales indicadores del mundo del trabajo retornen a los niveles previos a la crisis sanitaria¹⁰², lo que se traducirá en una lenta recuperación del empleo. Se requeriría, según la publicación, y entre otras cosas, de políticas macro activas junto a políticas sectoriales que promuevan el desarrollo sostenible con empleo, lo que demandaría el impulso de políticas que estimulen el empleo y el crecimiento, apoyadas con políticas fiscales activas que fomenten el mismo con proyectos de inversión intensivos en trabajo, complementados con políticas industriales y tecnológicas, y otorgar, asimismo, financiamiento y liquidez a micro, pequeñas y medianas empresas con plazos más extensos y costos menores¹⁰³.

b) La respuesta normativa en la emergencia

En este punto cabría observar cuál fue, en el campo laboral, la respuesta producida en la Argentina desde el sistema jurídico para enfrentar la referida emergencia en su impacto sobre dicho ámbito; ello es, el segundo de los interrogantes que planteáramos al inicio.

La respuesta hubo de darse, naturalmente, y conforme a la situación a la cual respondía, en el marco del Derecho de emergencia, procurando la consecución de fines indudablemente valiosos, como lo son la protección de la salud, el empleo, y los ingresos de los trabajadores. No obstante, a nuestro entender, y desde un punto de vista institucional, ello, en no pocas ocasiones, hubo de hacerse a través de mecanismos normativos que parecerían disputables.

1. Que el espectro jurídico en que debía producirse la contestación y articulación de los mecanismos defensivos en el tema debía haber sido el

¹⁰² CEPAL-OIT, "Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. La dinámica laboral en una crisis de características inéditas: desafíos de política", ed. 23ª., noviembre 2020.

¹⁰³ CEPAL-OIT, "Coyuntura", informe cit.

atinente al Derecho de necesidad y, dentro de éste al de emergencia, no parecería cuestión susceptible de cuestionamiento. Las emergencias reconocen causas naturales y económicas. La actual emergencia sanitaria ha sido originada por una pandemia declarada así por la Organización Mundial de la Salud debido a la gran expansión del virus Convid-19, de modo que se ha tratado -y se trata- de una emergencia originada en un hecho propio de la naturaleza.

Según fuera visto, los sistemas jurídicos modernos han tendido a afrontar la emergencia con las instituciones que el propio orden constitucional instituye para su defensa. Ello vale, pues, aún en situaciones de extrema gravedad. En Argentina, la pandemia del coronavirus planteó una situación inédita de una verdadera emergencia originada en un hecho natural, y lo hizo en un país acostumbrado a reiteradas emergencias económicas y sociales¹⁰⁴. De hecho, cuando la OMS declaró la pandemia, el mismo ya se encontraba en una emergencia de amplio espectro establecida por el Congreso¹⁰⁵, y lo que se hizo fue ampliar la emergencia sanitaria ya existente ocurriendo al mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo.

Los procesos de emergencia suponen muchas veces que deban disponerse medidas urgentes para sortear una crisis y que, por ello, y su perentoriedad, no sea posible seguir los mecanismos normales -y, en ocasiones, lentos- para la toma de decisiones. Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social, o política que representa un peligro máximo para el país -ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina-, el Estado democrático tiene la potestad y el imperioso deber de poner en vigencia un *derecho excepcional*, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere¹⁰⁶. El Estado puede entonces valerse lícitamente de los medios que, dentro del orden constitucional, permitan combatir con éxito dichas perturbaciones.

¹⁰⁴ DALLA VÍA, Alberto R., *La emergencia y el estado constitucional de derecho*, Rev. Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, p. 67.

¹⁰⁵ Mediante la ley 27541, de diciembre de 2019.

¹⁰⁶ CSJN, Argentina, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17.

Según fuera dicho, las situaciones de emergencia habilitarían la adopción de remedios de excepción, y resultaría incluso factible, en ocasiones, suspender el ejercicio de ciertos derechos¹⁰⁷ o limitar su ámbito de extensión, o imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales¹⁰⁸. En el Derecho público, implica, como principio, la sustitución de un derecho normal por uno excepcional¹⁰⁹. En esos casos -ha dicho el Alto Tribunal del país- es posible el ejercicio de los poderes del Estado en forma más enérgica que la admisible en tiempos de sosiego o normalidad¹¹⁰.

2. No obstante, y como se dijera, la habilitación de un derecho excepcional no podría ser interpretado *por encima* de la Constitución¹¹¹. Se conviene pacíficamente, que dicha clase de ejercitación de facultades extraordinarias debe ser *razonable* en su contenido y *transitorio*, sin poder afectar derechos adquiridos¹¹². Las restricciones no podrían superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental llegando al extremo de cercenar definitivamente o desconocer tales derechos, sea de manera total, sea de manera parcial¹¹³. Así surgiría, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema argentina¹¹⁴ y de la doctrina constitucional¹¹⁵, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁶, y se hallaría también presente en la

¹⁰⁷ Como ocurre en el supuesto del *estado de sitio*.

¹⁰⁸ CSJN, Fallos 313:1513, *Peralta c/ Estado Nacional*; Fallos 323:1566, *Guida c/ PEN*, y sus citas. En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 2000, t. II, p. 358.

¹⁰⁹ HUTCHINSON, Tomás, *La actual crisis y su solución desde el derecho*, en Rev. de Derecho Público, 2002-2, La Emergencia económica (2ª. parte), S. Fe, 2002, p. 339.

¹¹⁰ CSJN, Fallos 200:450.

¹¹¹ GRILLO, Iride I., op. cit.

¹¹² BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1320.

¹¹³ BADENI, Gregorio, *Tratado*, cit., t. II, p. 1322.

¹¹⁴ CSJN, Fallos 318:1154, *Video Club Dreams*; 325:28, *Smith*; 325:2059, *Tobar*; id. caso *Provincia de San Luis*, (LL, 2003-B, 535); id. Fallos 136:61, *Ercolano*; 137:47, *Horta*; 144:219, *Mango*; 162:21, *Avico*; 209:409, *Roger Balet*; 311:1804, *Peralta*.

¹¹⁵ LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado*, cit., t. V, p. 57 y t. VI, p. 31; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1990, t. I, p. 230 t. II, p. 396; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1991, t. II, p. 327; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Bs. As., 2001, t. II, p. 59, 118, 120, 124 y 334; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1999, t. II, p. 545 y 601; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., 2000, p. 539; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 2001, p. 140; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, S. Fe, 2002, p. 89.

¹¹⁶ En su artículo 27 ya citado.

Resolución 1 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁷ al señalar que toda restricción que se impusiera a los derechos humanos durante la pandemia debe cumplir los respectivos requisitos establecidos por el Derecho internacional, así como el principio de legalidad.

En ese sentido, según fuera dicho, además de la prohibición de afectación, supresión o anulación de derechos adquiridos, así como de su intrínseca temporalidad, la legislación de emergencia reconoce su límite en la razonabilidad. Si las normas que reglamentan derechos y garantías constitucionales “son razonables, no pueden impugnarse exitosamente como inconstitucionales”, dependiendo que se adecuen al fin perseguido y no establezcan una “iniquidad manifiesta” o arbitrariedad¹¹⁸. Según BIDART CAMPOS, lo razonable es lo ajustado a la Constitución, a su espíritu, y lo irrazonable es aquello que conculca la Constitución¹¹⁹.

Para enfrentar las emergencias el Estado debe responder en su integridad *con el pleno funcionamiento de sus poderes*, donde el Legislativo y el Judicial tienen también obligaciones trascendentes a cumplir¹²⁰. Las emergencias y sus institutos deben respetar los principios y reglas del orden constitucional, democrático, liberal y republicano, lo cual importa que, aunque los Poderes Ejecutivos sean frecuentemente los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello en modo alguno podría significar que la Legislatura deje de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse, ni que el Poder Judicial no deba revisar las mismas para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional¹²¹. El Estado constitucional de derecho se basa en el principio de limitación del poder y de su equilibrio, y la emergencia debe ser afrontada dentro del mismo, y no fuera de él, ocurriéndose a una concepción puramente finalista que coloque los fines y objetivos por encima de los medios para lograrlo. Para KANT, cada

¹¹⁷ Del 10/04/2020.

¹¹⁸ CSJN, caso *Machicote, Juan, LL*, 1978-D-435 (1978), consid. 6; íd. Fallos 305:831; 297:201; 299:428; 324:2248; 325:645.

¹¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Bs As., t. II, p. 118/119.

¹²⁰ HERNÁNDEZ, José M., *Emergencias, orden constitucional y Covid-19 en Argentina*, UNC, 2020, p. 17.

¹²¹ HERNÁNDEZ, José M., *Emergencias, orden constitucional y Covid-19*, op. cit., p. 26.

hombre constituye un fin en sí mismo; para MAQUIAVELO, el fin autoriza los medios¹²². En rigor, institucionalmente ambos importan.

Una de las cuestiones fundamentales que ha establecido la doctrina constitucional con relación a la división de poderes es que la misma tiene por finalidad evitar el desborde, la concentración de poder que conduce al autoritarismo, impedir la concentración que degenera en ello y resguardar la libertad de las personas¹²³. Una separación que, en realidad es una separación entre los órganos, destinada a evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas¹²⁴. Un alegato contra la concentración del poder en favor de los derechos individuales¹²⁵ y una expresión de la legalidad: de la aceptación de la distribución de las competencias que surge de esa división se apreciará, en los hechos, la vigencia o no del Estado de derecho que el sistema ha creado constitucionalmente¹²⁶. Claro que dicha división no debería interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad¹²⁷.

En cuanto al órgano del Estado al que el sistema constitucional argentino encomienda en primer lugar el dictado de la legislación de emergencia, conviene recordar que el principio rector establecido por la Ley Fundamental en la materia hace residir dicha potestad en el Parlamento. La regla constitucional es la *prohibición* dirigida al Poder Ejecutivo. De acuerdo al texto de la ley fundamental, el Poder Ejecutivo no puede en ningún caso, y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, y dicho principio general sólo puede ceder cuando circunstancias (excepcionales) tornaren imposible observar los trámites comunes previstos por la carta magna para la sanción de las leyes.

¹²² DALLA VÍA, Alberto, *La emergencia y el estado constitucional de derecho*, UBA, Rev. Pensar en Derecho, p. 72.

¹²³ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., 2000, t. III, p. 14.

¹²⁴ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª. ed., Bs.As., 2009, t. I, p. 22.

¹²⁵ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, Bs. As., 9ª. ed., 2010, t. I, p. 72.

¹²⁶ SPOTA, Alberto, *La división de poderes en la emergencia*, LL, Bs. As., 1992-A, p. 689.

¹²⁷ CSJN, Argentina, Fallos 313:1638.

En ese sentido, el Congreso se halla facultado por la Ley Fundamental para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes y necesarios para poner en ejercicio los poderes atribuidos al gobierno de la Nación. En consonancia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución argentina, dicho poder cuenta con las atribuciones indispensables para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto pusiera en peligro la subsistencia del Estado¹²⁸. Esa es la regla instituida por el constituyente, lo cual implica, según BIDART CAMPOS, que, de estar el Congreso en funciones y presentarse una situación súbita de emergencia que demande la sanción de una ley para enfrentarla, el principio es que el Congreso debería reunirse y actuar en consecuencia. Y así también que, de estar el mismo en receso, debería dicho órgano ser convocado por el Poder Ejecutivo Nacional a sesiones extraordinarias, tal como la misma Constitución prevé¹²⁹. La regla general, en la materia legislativa, es la *prohibición* dirigida al Poder Ejecutivo¹³⁰ y así lo prescribe expresamente el texto constitucional: en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable¹³¹.

No obstante, y como se dijo, solamente por excepción la propia Carta Fundamental admite que, en determinadas circunstancias extremas (cuando las mismas hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por ella para la sanción de las leyes y bajo ciertas condiciones), pueda el citado poder ocurrir al dictado de normas de necesidad y urgencia. Dichas circunstancias de excepción, según ha puntualizado el Alto Tribunal, se configurarían cuando resultare imposible al Congreso reunirse para el dictado de la ley mediante el trámite ordinario (vgr. debido a acciones bélicas, desastres naturales, etc.), o bien, que la situación de emergencia revista una urgencia tal que deba ser enfrentada de inmediato, sin demoras¹³². Dicha intervención reviste, pues, carácter excepcional y de procedencia correlativamente restrictiva, desde que,

¹²⁸ YLARRI, Juan Santiago, *La división de poderes en la Argentina*, Rev, Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 32, enero-junio 2015, p. 244.

¹²⁹ Art. 99, inc. 9, CN.

¹³⁰ CSJN, Fallos 331:2406, sent. del 4/11/2008, *Colegio Público de Abogados c/ EN. PEN.*

¹³¹ Art. 99, inc. 3°, párrafo segundo

¹³² CSJN, caso *Verrochi*, Fallos, 322:1726; caso *Cooperativa de trabajo Fast Lda*, Fallos 326:3180; caso *Consumidores Argentinos SA*, fallo del 19/05/2010.

la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos por medio de un decreto¹³³. Sin embargo, la experiencia habida en nuestro país en materia de emergencias, permitiría apreciar que las recurrentes crisis económicas y sociales, con sus secuelas de crisis y desocupación, han generado mayores demandas al Estado, siendo el Poder Ejecutivo quien más ha ensanchado sus atribuciones¹³⁴.

Los decretos de necesidad y urgencia constituyen, así, uno de los remedios excepcionales para hacer frente a situaciones de emergencia. En el caso que nos ocupa, el ocurrimiento a dicha clase de ejercitación para enfrentar la situación extrema provocada por la pandemia en los distintos ámbitos, incluyendo el laboral, ha propendido, según ha sido expuesto en los considerandos de los decretos dictados, a la protección de la salud pública como obligación prioritaria del Estado, y la tutela del trabajador, los puestos de trabajo y el aseguramiento de sus ingresos.

c) Una aproximación valorativa en lo institucional y constitucional

1. En el escenario que ha sido sucintamente descrito, creemos que se estaría en mejor condición para hacer una primaria evaluación acerca de la respuesta normativa producida desde el Estado argentino con la finalidad de conjurar los efectos de la pandemia, particularmente sobre el empleo, los trabajadores, y las empresas en cuanto fuentes de trabajo.

La norma jurídica se caracteriza por el hecho de pertenecer a un sistema jurídico, cuestión ésta que corresponde a la teoría de la validez jurídica, puesto que el concepto combina el atinente a la norma general con la propiedad o aptitud de tener validez jurídica. Ciertamente, se trata de algo más que un problema meramente terminológico, pues distintos factores han convertido a la validez en uno de los conceptos más problemáticos que elabora la teoría del derecho, y basta apreciar los distintos significados usualmente atribuidos al término. Sucede, como señala DELGADO PINTO, que los asuntos

¹³³ CSJN, casos *Verrochi* y *Consumidores Argentinos*.

¹³⁴ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 4ª. ed., Bs. As., 2009, t. I, p. 23.

comprendidos bajo la locución de *problemas de la validez o teoría de la validez*, se hallan en contacto con las cuestiones ontológicas y epistemológicas fundamentales de cualquier teoría del derecho¹³⁵, a los cuales subyacen planteamientos radicalmente distintos, prácticamente inconciliables, y cuyo análisis desbordaría los límites de este trabajo. Sucintamente en cuanto al concepto, podría apuntarse que, según KELSEN, la validez estaría dada por la existencia específica o *pertenencia* de la norma a un ordenamiento determinado, lo que, a su vez, consistiría en su obligatoriedad¹³⁶, postulación que, empero, no ha sido compartida por otras escuelas del pensamiento. En dicha construcción, existiría una asimilación entre existencia, validez y obligatoriedad. El fundamento inmediato de la validez de una norma dependería, según dicho autor, de su legalidad por referencia a otra norma válida: la que otorga competencia o permitiría a un órgano la producción de la primera. Ello es, que pertenecerían al ordenamiento las normas creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiriera el poder de dictar normas y siempre que se ejercite ese poder en las condiciones expresadas en el mismo¹³⁷.

Se discute en torno a la asimilación de la noción de “validez” con la de “pertenencia” (a un sistema jurídico) de una norma. Según señala a su vez, GUASTINI, “validez” de la norma designaría la “relación de conformidad” entre una norma o una fuente con las normas que regulan su producción¹³⁸. WRÓBLEWSKI, quien desarrollara -entre otros- el concepto de *validez sistémica* de la norma, señala que la validez de la misma estaría determinada no sólo por su pertenencia a un sistema jurídico, conforme a lo cual una norma es válida no sólo si ha sido promulgada conforme a una norma válida en el sistema, sino que se requeriría también que sea coherente con las normas válidas en el mismo¹³⁹.

¹³⁵ DELGADO PINTO, J., *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, en *Doxa*, núm. 7, 1990; PEÑA FREYRE, Antonio M., *Validez y vigencia de las normas*, p. 100.

¹³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1960, 201. En rigor, en su teoría -en la etapa que culmina en 1960 con la citada obra, la validez sería la existencia específica de las normas que, a su vez, consistiría en su obligatoriedad: afirmar que una norma existe es afirmar que es válida, es decir, que tiene fuerza obligatoria frente a la conducta de aquellos a quienes se dirige.

¹³⁷ GASCÓN, Marina F., *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, núm. 20, 1997, p. 133.

¹³⁸ GUASTINI, Riccardo, *La Invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 320; *id.* p. 307/412.

¹³⁹ WRÓBLEWSKI, J., *Tre concetti di validità*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1982, p. 584-595.

Además de la validez jurídica, habla también de una validez sociológica y una de tipo ético, aspectos a lo que aludiría también Robert ALEXY, al estimar los tres elementos del concepto de Derecho, que se resumirían respectivamente en la legalidad, la eficacia social, la corrección material¹⁴⁰. VON WRIGHT formuló un concepto descriptivo de validez de las normas atendiendo al tema del contenido, su justificación o fundamento, y así propuso un abordaje que reduce la validez de una norma a la legalidad del acto de creación en tanto autorizado por otra norma superior del sistema¹⁴¹, concepción ésta considerada, no obstante, reduccionista por otros, al no introducirse en terrenos axiológicos, éticos o políticos en relación a las normas¹⁴². No es, por cierto, el de la validez normativa, un tema pacífico.

Según refiere DELGADO ECHEVERRÍA, un amplio sector del pensamiento elaborado sobre la norma jurídica, particularmente el cultivador de la teoría analítica, se habría visto finalmente obligado a separar la “validez” de la “vigencia” (o existencia) de la norma, para así poder explicar y hacer referencia a las normas que son “inválidas”, por inconstitucionales, pero “aplicadas” -vigentes- mientras no se declare su inconstitucionalidad¹⁴³. La afirmación denotaría, al menos, que podría existir una norma “vigente” -o, como dice DÍEZ PICAZO, norma de pertenencia actual y activa al ordenamiento¹⁴⁴-, pero tratarse de una norma “inválida”, lo que equivale decir, carente de la cualidad de las normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un determinado orden jurídico. Así, puntualiza GUASTINI, no cabría identificar “validez” de la norma con su “existencia” o pertenencia a un sistema jurídico, ni tampoco con la fuerza vinculante de la norma, ni su aplicabilidad al igual que con su vigencia¹⁴⁵, lo cual significaría que “vigencia” y “validez” constituirían

¹⁴⁰ ALEXY, Robert., *El concepto y la validez del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1997, p. 87.

¹⁴¹ VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and action (A logical Enquiry)*, London, 1963, p. 194/196.

¹⁴² FARIÑAS DULCE, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Madrid, 1991, p. 135; VIGO, Rodolfo, *Una teoría de la validez jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39(2016), p. 107/108.

¹⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad*, Rev. Derecho Privado y Constitución, núm. 17, Enero-Diciembre 2003, p. 199.

¹⁴⁴ DÍEZ- PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 162.

¹⁴⁵ GUASTINI, Riccardo, *La invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 320. En igual sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad*, Derecho Privado y Constitución, núm. 17, Enero-Diciembre, 2003, p. 235.

cualidades distintas de las normas¹⁴⁶. Desde otro ángulo, Luigi FERRAJOLI distingue también entre vigencia y validez y entre validez formal y sustancial de las normas¹⁴⁷.

Conforme con dichas concepciones, no todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico serían necesariamente válidas. La existencia de una norma que autorice o permita la producción de una norma posterior sería condición necesaria pero no suficiente de validez/legalidad de la norma resultante, y -bajo una visión reduccionista, sin análisis de su contenido axiológico- sólo la relación de congruencia o coherencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento sería condición suficiente de su validez¹⁴⁸. En ese mismo espectro de análisis, existirían en los ordenamientos, normas “de *competencia*”, normas que atribuyen poderes (de creación o producción normativa). Las mismas no son normas de “mandato”, en el sentido que obligan o prohíben una acción, y serían también distintas de las llamadas normas de permiso o permisión, y por tanto de las normas “regulativas” (fuentes de conocimiento). No sólo son distintas a las normas que regulan conductas, sino que tienen por objeto o se refieren a normas de conducta. Son, por ello, normas secundarias según la terminología de HART¹⁴⁹, no regulan directamente conductas humanas, sino otras normas que, ellas sí, las regulan¹⁵⁰. La validez de dichas normas de conducta depende, entre otras cosas, de las normas de competencia y su conformidad con las mismas¹⁵¹. La existencia de normas de competencia constituiría uno de los rasgos distintivos de los ordenamientos jurídicos respecto de otros sistemas normativos y uno de los temas centrales del análisis: el carácter sistemático y dinámico de los ordenamientos hace que sean las normas de competencia las que determinan quién, cuándo y cómo se puede proceder a la renovación del material normativo,

¹⁴⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, op. cit., p. 235.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, L., *Principia juris*, t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia*, 2007, trad. esp., Madrid, 2011, p. 497.

¹⁴⁸ PEÑA FREYRE, op. cit., p. 107.

¹⁴⁹ HART, Herbert Lionel A., *The concept of law*, Oxford, 2a. ed., 1974.

¹⁵⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática*, Anuario de Derecho Civil, 2005, p. 14 y ss. En un sentido distinto: ARRIAGA CÁCERES, María B., *Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40 (2017), p. 94 y ss.

¹⁵¹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, op. cit. en nota anterior

la competencia de la autoridad emisora de la norma que puede ser considerada condición de su validez, etcétera¹⁵².

En ese sentido, la Constitución Nacional, en cuanto documento jurídico fundamental, configuraría la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad política, y en la cual se prescriben los lineamientos para la organización y ejercicio del poder, las instituciones y ordenación de éste, su ejercicio y los procedimientos para la creación del resto del ordenamiento jurídico¹⁵³.

2. Hecha dicha necesaria introducción, entendemos que se estaría en mejor condición para adentrarnos a la aproximación valorativa que nos propusiéramos.

2.1. En cuanto concierne al contexto fáctico de la pandemia en Argentina y en el cual se dictaran en su momento las normas iniciales destinadas a afrontar la emergencia, creemos que, en principio, y según las circunstancias de hecho existentes, en sus comienzos se habría justificado el dictado de decretos de necesidad y urgencia, ya que, por un lado, se habría estado ante una clara situación o hecho de la naturaleza que habilitaría la legislación de emergencia, y por el otro, por cuanto los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución no son absolutos, desde que su ejercicio se halla sometido a las leyes que los reglamenten¹⁵⁴, y no se encuentran por encima del bien común de la colectividad. La actuación perentoria para la superación de una crisis que pone en grave riesgo la salud de la población, y que, por consecuencia, podría afectar las instituciones básicas del Estado, habilitaría un Derecho de emergencia. Según fuera dicho, en tales supuestos el Estado democrático tiene la potestad y además el imperioso deber de poner en vigencia un Derecho excepcional, ello es, un conjunto de “remedios extraordinarios” destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere¹⁵⁵. La preservación de la salud

¹⁵² PEÑA FREYRE, Antonio, *Sobre las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* de Jordi Ferrer, Isonomía nro. 16, México, 2016, p. 1, notas sobre la obra de FERRER BELTRÁN, Jordi, Madrid, 2000.

¹⁵³ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. I, p. 60 y ss.

¹⁵⁴ CSJN, Fallos 308:1631 y 2246; id. 312:312.

¹⁵⁵ CSJN, 27/12/90, *Videla Cuello, Marcelo c/ Prov. de La Rioja*, Consid. 17, fallo cit.

pública compromete también a los gobernados. Existiría, en ese sentido, un deber de solidaridad o cooperación ante las emergencias que impone a todos los ciudadanos, en cuanto de ellos dependa, cumplir acciones de prevención de daños sociales, y no parecería haber espacio para duda a ese respecto.

Igual condición especial e indisputable revestiría la finalidad perseguida por las normas dictadas en la emergencia: la tutela de la vida, la salud y el empleo de la persona que trabaja. Ninguna duda cabe que la protección del empleo, del ingreso, de la salud de la persona que trabaja, sujeto de especial tutela, y más aún en el marco de una situación de pandemia, constituyen bienes sumamente valiosos dignos de amparo y no parecería haber campo para cavilación alguna a su respecto. El principio protectorio -cabrá recordarlo- constituye la médula del Derecho del trabajo, e importa una directiva dirigida no sólo al juez, sino antes aún, al legislador. El mismo informa a la política legislativa y al contenido de las normas a dictarse. Dicho principio subyace en la razón fundamental que acuerda sentido al Derecho del trabajo como rama jurídica especial, e informa toda la disciplina. Y, en cuanto directiva dirigida al legislador, significa que la misma debe ser recogida y concretada en las relaciones laborales. Así lo hace la ley fundamental argentina en su artículo 14 bis, al establecer que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, tutela que se deriva de la especial y fundamental condición y dignidad de quien presta la tarea, su singularidad principal debida a la implicación personal en el acto de trabajo¹⁵⁶, de manera tal que la ley positiva que reglamenta la Constitución debe disponer normas concretas que garanticen dicha tutela. Ello se instrumenta a través de los mecanismos que se establecen en las normas expresas a través de una “forma sustantiva”¹⁵⁷. Dicho principio requiere,

¹⁵⁶ VALVERDE, Martín, en VALVERDE-RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 2ª. ed., Madrid, p. 44. Véase, en igual sentido, ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, p. 80; TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho del trabajo*, México, 1972, p. 118 y ss.; DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, t. I, p. 58 y ss.

¹⁵⁷ PLA RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, 1975, p. 41 y ss. Cabe remitirse, asimismo, a los desarrollos sobre el tema efectuados por PODETTI, Humberto, *Principios del Derecho del Trabajo*, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio, coord., *Instituciones de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del trabajo, Univ. Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 141 y ss.; LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ-CENTENO-FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de*

ciertamente, su encarnación en normas inmediatamente operativas, lo que ha hecho que algunos hagan también referencia a principios genéticos o inspiradores de normas¹⁵⁸.

2.2. Sin embargo, el problema, a nuestro entender, no estaría en los *finés*, sino, en rigor, en el *medio*, el instrumento empleado para la obtención de esos fines.

A principios de marzo de 2020 se registró en Argentina el primer caso de contagio por Covid-19. En ese momento, y según fuera dicho, el país ya se encontraba bajo la regulación de una situación de emergencia pública dictada por el Congreso en diciembre del año anterior¹⁵⁹, abarcativa de una multiplicidad de ámbitos, incluyendo el sanitario, pero fundada en otras razones totalmente ajenas al coronavirus. Una emergencia, entonces, distinta. El 12 de marzo de 2020, y a raíz de la pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud debido a la propagación de la enfermedad, el presidente de la República, mediante un decreto de necesidad y urgencia, el N° 260, dispuso “*ampliar*” la duración de la emergencia sanitaria que había establecido la ley antes citada¹⁶⁰. Dicha ampliación de la emergencia, en rigor, sólo podría haber sido establecida por el propio órgano constitucionalmente natural, el Congreso, que había hecho la declaración de emergencia y establecido una regulación excepcional en ese sentido y con base a las circunstancias de hecho consideradas en su momento, las cuales le sirvieran de causalidad justificante. La medida presidencial en la especie lucía entonces inconstitucional, debido a que sólo el Congreso de la Nación -autor de la norma y, además, legislador natural según la Constitución- podía hacer prorrogado la duración de la norma que el mismo dictara. El presidente no podía prolongar una situación sobre la cual no tenía poder de decisión para crearla o declararla, y mucho menos para

trabajo Comentada, Bs. As., 2ª. ed., t. I, p. 161 y ss; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en *Tratado de Derecho del trabajo*, de su dirección, Bs. As., 1982, t. II, p. 122 y ss;

¹⁵⁸ LÓPEZ, Justo, op. cit., t. I, p. 162.

¹⁵⁹ La citada ley 27541 del 23 de diciembre.

¹⁶⁰ Ampliación que fue más tarde extendida por otro decreto de necesidad y urgencia (el 167/21, de marzo de 2021) hasta el fin de diciembre de 2021.

ampliarla o prolongarla, y tampoco el Congreso había habilitado al Ejecutivo a dicha instancia¹⁶¹.

A partir de la referida prórroga de la emergencia sanitaria establecida por el Poder Ejecutivo Nacional¹⁶², fueron dictadas numerosas otras normas más, tanto por el propio órgano administrador, ocurriéndose a los instrumentos de necesidad y urgencia, como por dependencias del mismo, en virtud de habilitaciones y delegaciones reglamentarias contenidas en aquéllos¹⁶³, todo ello en rápida sucesión, y cuyas manifestaciones, entre otras cosas, se produjeran en cuanto al *lugar* y al *modo* de trabajar, y también, en la *necesidad de dejar de hacerlo*¹⁶⁴. El 19 del mismo mes el presidente emitió otro decreto de necesidad y urgencia, el n° 297, por el cual dispuso un “*aislamiento social preventivo y obligatorio*”, ello es, un rígido y amplio confinamiento general de las personas y prohibición de realización de una amplísima cantidad y variedad de actividades económicas y sociales, y que dispuso originalmente por un breve lapso temporal (12 días). No obstante, dicha medida sería posteriormente objeto de sucesivas y múltiples prórrogas por parte del mismo poder para abarcar un extenso período de tiempo, una prolongación casi indefinida.

En el marco de situación existente al momento del dictado de las primeras normas de emergencia por el Poder Ejecutivo Nacional, a nuestro modo de ver parecería hallarse objetivamente justificada la emisión de las iniciales normas de aislamiento y algunas de las reglamentaciones establecidas a su respecto, habida cuenta las circunstancias de excepcionalidad en cuyo cuadro fueran emitidas y las razones invocadas al efecto¹⁶⁵. Lo propio advertiríase, y según se

¹⁶¹ ALTAVILLA, Cristian, *Emergencia pública, presidencialismo y Estado de Derecho en Argentina en el contexto del COVID-19*, en Rev. Derecho y realidad, vol. 18, n° 36, p. 189.

¹⁶² Mediante el DNU 260/20.

¹⁶³ Véanse las descripciones efectuadas a dicho respecto en CONFALONIERI(h), Juan A., *Reflexiones de urgencia sobre los aspectos laborales de las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por la pandemia en el sector privado*, Boletín de la Asoc. Argentina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (ADTYSS), abril 2020, p. 1 y ss; FOGLIA, Ricardo, *El coronavirus y su impacto en el Derecho del trabajo. Análisis de las normas dictadas a raíz de la pandemia*, Boletín de la AADTYSS, abril 2020, p. 1 y ss; igualmente, AAVV, *El impacto del Coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier, rev. DL, primera y segunda parte; id. tercera y cuarta parte; ETALA, Carlos, *Apuntes sobre los decretos de de “necesidad y urgencia” en época de COVID y alguna cuestionable aplicación*, pub. en Boletín de la AADTYSS, junio 2020, p. 7.

¹⁶⁴ ACKERMAN, Mario, *El COVID-19 (Coronavirus), y la relación de trabajo*, Boletín de la AADTYSS, Marzo 2020, p. 1 y ss.

¹⁶⁵ “Razones de salud pública”.

dijera, en cuanto a su finalidad¹⁶⁶, la cual parecería igualmente legítima, desde que hubo de propugnar fines constitucionales o no prohibidos constitucionalmente y que serían, además, socialmente relevantes¹⁶⁷. De ello se seguiría pues, que, en cuanto a dicho contexto, momento y propósitos, la referida regulación resultaría, hasta allí, justificada por los hechos y circunstancias que le precedieran y dieran origen y por la necesidad de salvaguardar en forma pronta el interés público comprometido¹⁶⁸.

2.3. Empero, sin adentrarnos al juicio de razonabilidad de contenidos de las normas dictadas, creemos -según se anticipara- que podría resultar opinable la continuación de la respuesta normativa brindada en cuanto al órgano emisor se refiere y al tipo de los instrumentos jurídicos seleccionados para alcanzar los valiosos propósitos declarados. Sin dudas, la crisis ha planteado un gran desafío a la capacidad de los sistemas institucionales, poniendo a prueba sus instrumentos y capacidades para resolver problemas inéditos. Desde el punto de vista institucional, en Argentina -y en otros países-, la crisis desafió un sistema político ya marcado por un fuerte presidencialismo desde su nacimiento constitucional¹⁶⁹, con riesgo de desarticular la división de poderes en un ya debilitado federalismo. El fenómeno de la pandemia vino, en efecto, a producirse en un cuadro de historia institucional argentina con larga trayectoria de situaciones de emergencia, tanto política, económica como sanitaria. Bien ha graficado PÉREZ HUALDE, que sucesivas leyes de emergencia, decretos

¹⁶⁶ Que la medida tendía a preservar el orden público, específicamente la preservación de la salud pública y, dentro de ésta, la vida de todos los habitantes del país (conf. Considerandos del Decreto 260/20).

¹⁶⁷ Arg. fallos de la CSJN, casos *López Villanueva, Manuel* (ED 6-561) y *Fushimi, Hideji* (ED 9-287); íd. comentario BIDART CAMPOS, Germán, *Control de la razonabilidad legislativa por la Corte Suprema*, ED, t. 9, p. 286 (1964).

¹⁶⁸ CSJN, Fallos 312:496; 308:418.

¹⁶⁹ Fenómeno ni siquiera propio de nuestro país, ya que la historia de la Presidencia sería una historia de engrandecimiento en todos los países (véase FRAGA IRIBARNE, Manuel, *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, p. 88; íd. RAMELLA, Pablo A., *La estructura del Estado*, Bs. As., 1946, Cap. X, *El jefe del Estado*). Según otros pensadores, el órgano ejecutivo habría acaparado facultades reglamentarias prohibidas por la Constitución, transformándose en un sistema hiperpresidencialista (véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 1ª. reimpr., Bs. As., p. 497 y ss.).

delegados y decretos de necesidad y urgencia han caracterizado nuestra vida institucional desde el retorno de la democracia¹⁷⁰.

Como dijéramos, no parecería haber dudas que, desde el punto de vista institucional, la irrupción de la pandemia habría justificado en su momento las primitivas normas de necesidad y urgencia dispuestas por el órgano Ejecutivo ante la novedad del citado fenómeno, el desconocimiento que entonces existía acerca de sus verdaderos alcances, el contexto internacional por entonces existente y la paralización del Congreso¹⁷¹ ante esa situación inicial. Declaración de emergencia y normas cuyas consecuencias -cabe recordar- se materializan en un acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación, y aun restricción, en el ejercicio normal de los derechos. El estado de emergencia, según también fuera dicho, amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal.

Sin embargo, ha sido dicho también, que debe el citado poder ajustarse a presupuestos constitucionales ineludibles. Y, en verdad, cabría decir que varias de las respuestas normativas producidas en nuestro país en la especie parecerían colisionar con la Constitución Nacional y no condecirse totalmente, además, con la seguridad jurídica. Una actuación que *prima facie* se apreciaría “no sistémica” en el marco institucional.

2.4. Ya en el caso “*Fernández Arias*”¹⁷², como en otros precedentes, el Alto Tribunal argentino sostuvo que resultaban censurables los regímenes que pretenden edificar el bienestar o protección de las personas sobre el apartamiento o soslayo de las instituciones. Y aquí, algo de ello parecería haber ocurrido.

La solución adoptada por nuestro sistema constitucional para enfrentar las emergencias, según fuera dicho, es a través de las instituciones que el propio orden constitucional prevé para su defensa. La ley Fundamental debe regir, tanto en tiempos de paz o normalidad, como también durante cualquier tipo de emergencia económica, social o política; incluso en tiempos de guerra. El orden

¹⁷⁰ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *La urgencia en el marco de las emergencias*, pub. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, marzo 2020, p. 1.

¹⁷¹ Que dejó de sesionar y tardó casi dos meses en retomar, y parcialmente, su actividad.

¹⁷² CSJN, fallo del 19/09/1960.

constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia. Ello surge de la teleología de su art. 29 y su art. 28, y es también -cabe recordarlo- la respuesta establecida por el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, la habilitación de un derecho excepcional en modo alguno podría ser interpretado por encima de la Constitución, o de manera contraria a la misma, puesto que como dice Iride GRILLO, las medidas de emergencia deben tender a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades creadas por él, y deben encaminarse al restablecimiento de la normalidad social.

Y, ¿cuál era, en nuestro país, el órgano natural asignado para el dictado de la normativa de la emergencia? Según viéramos, en primer y prioritario término, el Congreso Nacional. No el Poder Ejecutivo. La regla constitucional - conviene recordar- es la prohibición y así surge explícitamente del art. 99, inc. 3 de la norma fundamental (*“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*). La admisión de dicha actividad por un órgano “no natural”, como es el Ejecutivo, es de carácter francamente excepcional y así lo prescribe la carta constitucional (*“solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia..”*).

Según sostuviera la CSJN argentina en los casos “Verrochi”, “Cooperativa de Trabajo Fast Lda”, “Consumidores Argentinos SA” y otros más, la procedencia del dictado de normas de Necesidad y Urgencia por el Poder Ejecutivo Nacional se daría sólo: (i) cuando resulte imposible al Congreso reunirse (vgr. por acciones bélicas; desastres naturales, etc.) para el dictado de la Ley de Emergencia mediante el trámite ordinario para la sanción de la misma; (ii), cuando la situación sea de urgencia tal que deba enfrentarse de inmediato (exista incompatibilidad con el trámite normal de las leyes). Y en todo caso, las normas de necesidad y urgencia que emitiera en la instancia el Ejecutivo, deben ser tratadas por las Cámaras del Congreso de modo expreso e inmediato e interpretado restrictivamente por el Poder Judicial.

Siguiendo a la Corte norteamericana en “*Home Building*”¹⁷³ y otros antecedentes, así como el fallo dictado en el precedente *Avico c/ De la Pesa*¹⁷⁴, la Corte Suprema argentina ha perfilado los requisitos básicos de toda normativa de emergencia en los precedentes “*Nadur*” (1959)¹⁷⁵, y “*Russo*”¹⁷⁶ de igual año, seguido de varios otros fallos más, prescribiendo, no sólo la necesidad de que concorra una real situación de emergencia, así como una clara persecución de un fin público que consulte los intereses superiores y generales del país, sino también, transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales, razonabilidad, lo que abarca tanto la oportunidad del dictado, cuanto de la proporcionalidad del medio empleado, ello es, la adecuación de ese medio con la circunstancia causal y a su vez con la finalidad pública perseguida, y que ese medio afecte los derechos sólo en la medida estrictamente necesaria. En otros términos, el medio escogido no debería significar una aniquilación o grave perjuicio a las garantías constitucionales afectadas, ello es, que la restricción no suprima ni desnaturalice o anule el derecho limitado mediante la norma de emergencia. Dicha exigencia de razonabilidad -ha dicho también el Alto Tribunal- incluye también la verificación acerca de la inexistencia de otros medios alternativos adecuados y menos gravosos para el logro de los fines perseguidos.

Se hallan también presentes -en parte- dichos recaudos en la citada Convención Americana de Derechos Humanos que requiere que las medidas de emergencia que se adopten lo sean “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, y que no sean incompatibles con las demás obligaciones del Derecho internacional, e igualmente al exigirse el respeto al principio de no retroactividad y de legalidad, entre otros. Lo mismo ocurre con la ya mencionada Resolución N° 1 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada “*Pandemia y derechos humanos en las Américas*” del 10 de abril de 2020, con Recomendaciones y lineamientos dirigidos a los Estados parte tendientes a garantizar el pleno respeto de los

¹⁷³ *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell*, 290, US 398 (1934).

¹⁷⁴ *Avico, Oscar c/ De la Pesa, Saúl*, CSJN, Fallos 172:21, sent. del 7/12/1934.

¹⁷⁵ CSJN. Fallos 243:449.

¹⁷⁶ CSJN, Fallos 243:467.

derechos humanos, tales como que toda restricción que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia Covid-19 cumpla con los requisitos del Derecho internacional, como ocurre con el principio de Legalidad, la exigencia de ser necesaria y resultar estrictamente proporcional para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

2.5. Pues bien. Analizando el decurso de la legislación de emergencia dictada en Argentina a raíz de la pandemia del coronavirus, a nuestro modo de ver podría decirse que el sistema institucional de nuestro país se encontraría debilitado y que podría verse afectado gravemente uno de sus principales elementos: el principio de División de poderes y los mecanismos de control que la Constitución atribuye al Congreso Nacional y al Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo¹⁷⁷.

Con base a la pandemia se dictaron, según dijéramos, numerosos Decretos de Necesidad y Urgencia que, con el objetivo de proteger la salud pública, restringieron fuertemente los derechos y libertades constitucionales más básicas. La libertad de circular, de trabajar, de ejercer toda industria lícita y comerciar, la libertad contractual, la libertad económica, entre otras, fueron severamente restringidas y, en algunos casos, prácticamente suspendidas, en el marco del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio impuesto por el órgano Ejecutivo.

Sin embargo, ello ocurrió ante la mirada pasiva de un Congreso que dejó de funcionar y tardó luego casi 2 meses en realizar su primera sesión virtual, cuando escuelas y universidades privadas se adaptaron de inmediato a la modalidad remota, y supermercados y determinados comercios siguieron abiertos y funcionando. Sorprende más aún dicha abstención a poco que se memora que en 1871, durante el período más alto de la fiebre amarilla que afectara nuestro país, el Congreso continuó funcionando, donde las sesiones fueron presenciales y, aunque reducidas, continuó cumpliendo su función constitucional¹⁷⁸. Por otra parte, y superados los iniciales momentos de

¹⁷⁷ Véase, igualmente, CASTRO VIDELA, Santiago, *Una república inmunodeprimida*, pub. de la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, del 23/05/2020.

¹⁷⁸ SOLÁ, Juan V., *La Constitución y la Emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz*, Pensar en derecho, Bs.As., Fac. de Derecho, p. 77.

enfrentamiento a la pandemia -por entonces en sus primeros atisbos en nuestro medio-, parecería haberse tornado sobreviniendo dudosa (y fuertemente) la habilidad constitucional del Poder Ejecutivo para continuar con el dictado de decretos de necesidad y urgencia luego de numerosos meses de emitidos los originarios decretos destinados a superar la emergencia y luego de transcurridos otros muchos meses de haber reasumido sus actividades el Congreso Nacional, órgano natural asignado por la Constitución para el dictado de normas de contenido legislativo.

Lo que tal vez podría haber resultado legítimo para la adopción de las primeras medidas, dejaría de serlo en un momento ulterior. Atravesada la fase inicial, y adoptadas las primeras medidas de excepción, las herramientas para paliar las consecuencias de la pandemia deberían haber sido adoptadas por los mecanismos institucionales ordinarios previstos en la Constitución: debían ser dispuestas, aun mediante sesiones remotas, por el Congreso Nacional. Se ha sostenido en tal sentido, que más allá de la razonabilidad y legitimidad de las primeras medidas sanitarias dictadas, la legislación de emergencia habría precipitado una secuencia de medidas que no conformarían ya la matriz de admisibilidad constitucional¹⁷⁹.

Según se señalara, el 12 de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo dictó el DNU 260, estableciendo una “extensión” de la Emergencia sanitaria declarada en la Ley 27541, invocando una emergencia distinta de la establecida por el Congreso en la delegación y fuera del marco de la delegación. Como también dijéramos, el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia sobre la misma materia de la delegación, hace desaparecer la base de la delegación. Allende dichas consideraciones, el 19 del mismo mes, y con fundamento también en la Pandemia y la ampliación de la emergencia sanitaria por él dispuesta, el Poder Ejecutivo dictó el DNU 297 estableciendo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, con una fuerte restricción de los derechos y libertades constitucionales más básicas. La medida esencial fue, las primeras veces sin

¹⁷⁹ RIBERI, Pablo, *En caso de emergencia: rompa el vidrio*, pub. por la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, octubre 2020, p.11

cambios y luego con variaciones de alcances y modificaciones¹⁸⁰, reproducida y extendida por plurales otros decretos de necesidad y urgencia posteriores (nros. 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792, 814, 875, 956, 1033 del mismo año, prorrogados y sucedidos a su vez por los decretos de necesidad y urgencia del siguiente año, nros. 67, 125, 168, 235 -que dejó sin efecto el anterior y estableció nuevas medidas generales de prevención-, así como los decretos 287 y 334 de 2021), la casi totalidad de los cuales fueron dictados habiendo ya retomado sus actividades y hacía ya muchísimo tiempo el órgano legislativo establecido por la Constitución.

En dicho marco, y encontrándose el Congreso en sesiones, ello es, no hallándose imposibilitado para el dictado de leyes de emergencia, según prescribe la exigencia constitucional, las razones de urgencia ya no se verificarían y no parecerían justificarse nuevas prórrogas unilaterales por sendos decretos de necesidad y urgencia. Habrían desaparecido los presupuestos que, según el Alto Tribunal, habilitarían tal clase de ejercitación. Tampoco parece que pudiera invocarse válidamente la urgencia e imposibilidad de seguir el trámite normal de las leyes a poco que se advierte que para el dictado de la extensa y compleja ley 27541 de Emergencia pública, el Congreso demoró en diciembre de 2019 sólo 6 días para sancionarla.

El 31 de marzo de igual año 2020, casi tres semanas después de la primera norma de necesidad de urgencia decretando la extensión de la Emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 329 de prohibición de determinados despidos y suspensiones. El 18 de mayo, ya pasados dos meses de las iniciales medidas de necesidad y urgencia para enfrentar la pandemia, y ya habiendo retomado sus actividades el Congreso hacía más de un mes, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 487, disponiendo la prórroga del primitivo decreto de interdicción. Y de igual manera, el 28 de julio, más de cuatro meses después de las primarias normas de necesidad y urgencia, y hallándose también en actividad el Congreso desde hacía tres meses, el Poder Ejecutivo volvió a emitir otro Decreto de necesidad y urgencia, el N° 624, disponiendo otra nueva

¹⁸⁰ Incorporándose incluso la figura del Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio, en línea con fuerte inspiración en el Aislamiento Obligatorio que dispusiera el art. 7 del DNU 260/20.

prórroga de las prohibiciones citadas. El 23 de septiembre, el Poder Ejecutivo dictó otro Decreto de Necesidad y Urgencia, el N° 761 instituyendo otra nueva prórroga, y lo mismo hubo de hacer el 13 de noviembre, con el dictado de otro nuevo Decreto del mismo tipo, el N° 891, ello es, ocho meses después de dictadas las iniciales normas de la emergencia por dicho mismo poder, y seis meses después de haber retomado sus actividades ordinarias el Poder naturalmente asignado por la Constitución para el ejercicio de la citada función. El 22 de enero de 2021, transcurridos diez meses desde las originarias medidas de emergencia, el Ejecutivo volvió a dictar otro DNU en la materia, el N° 39, estableciendo una nueva prórroga de la prohibición por el término de noventa días, y el 22 de abril dictó otro nuevo DNU, el N° 266, instituyendo otra nueva extensión hasta el 31 de mayo del citado año. Antes de su finalización, se dictó otro decreto de similar tipo, el N° 345 del 21 de mayo, estableciendo otra nueva prórroga hasta el 30 de junio.

El 13 de diciembre de 2019, encontrándose en sesiones el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo emitió un decreto de necesidad y urgencia, el N° 34/19, declarando la Emergencia pública en materia ocupacional y disponiendo una duplicación de las indemnizaciones en caso de extinción incausada del contrato laboral. En 10 de junio de 2020, casi dos meses después de haber retomado sus actividades el Congreso, el Poder Ejecutivo emitió otro decreto de necesidad y urgencia, el N° 528, disponiendo la prórroga de la Emergencia ocupacional que el mismo decretara en su momento y la consiguiente duplicación de indemnizaciones. De igual manera, el 29 de noviembre del mismo año, siete meses después de estar en funciones el órgano legislativo, y a más de ocho meses de emitidas las primeras normas de necesidad, el Ejecutivo procedió al dictado de otro nuevo decreto de necesidad y urgencia, el N° 961 disponiendo una nueva prórroga. En similar línea, el 22 de enero de 2021, nueve meses después de haber reasumido sus funciones el Parlamento, el Poder Ejecutivo dictó otra norma del mismo tipo, el DNU 39, ampliando hasta el 31 de diciembre de dicho año la referida emergencia pública ocupacional.

Ciertamente, lo expuesto constituye un muy acotado recuento habida cuenta que plurales otras normas más de necesidad y urgencia -y numerosas

otras más sobrevenidas por delegación y/o subdelegación legislativa dispuestas por ellas- hubieron de dictarse en dicho lapso. La actividad legislativa por parte del órgano Ejecutivo ha sido ciertamente significativa y persistente. De hecho, desde el dictado del Decreto 260 en marzo del pasado año hasta el momento de elaborarse este trabajo (principios de junio de 2021) esto es, en un período algo mayor a doce meses, el mismo llevaba dictados un total de 189 Decretos de Necesidad y Urgencia abarcando materias de las más plurales y diversas, mientras que, en igual período, el órgano constitucionalmente natural, el Poder Legislativo, hubo de sancionar un total de sólo 145 leyes nacionales. Ello es, bastante menos normas legales que las que dictara el órgano no natural en ejercitación extraordinaria. Lo que debería constituir instrumentos excepcionales, frente a una regla constitucional de prohibición bajo pena de nulidad absoluta, y que sólo podría ser utilizado cuando resultare imposible al Congreso reunirse o seguir el trámite de sanción de las leyes, aparecería manifiestamente desnaturalizado y haberse convertido en una actividad ordinaria y frecuente, pese a hallarse en funciones el órgano al cual la Constitución asigna y reserva como regla el dictado de las disposiciones de carácter legislativo.

2.6. Sorprende, ciertamente, en el citado estado de cosas, que el Poder Legislativo, el órgano constitucionalmente encomendado para la normación de emergencia, no hubiera adoptado la intervención que institucionalmente le incumbía en la especie (art. 75, CN), ni buscara adoptar las medidas adecuadas a la luz del contexto existente y respecto del ejercicio de los derechos y libertades que la Ley Fundamental garantiza sin alterar su contenido esencial y bajo precauciones ordenadas a la protección de la salud pública. Ése es, en definitiva, el rol constitucionalmente atribuido.

El Poder Ejecutivo, en su caso, y luego de las actuaciones iniciales de necesidad y urgencia, podría a su vez, haber ejercido la facultad de iniciativa legislativa que le reconoce la Constitución argentina (art. 77) y presentado los proyectos de ley que estimara convenientes para buscar implementar las medidas que juzgaba razonables para hacer frente a la pandemia en el contexto que se daban, lo que, empero, no hubo de ocurrir. El propio Congreso nacional podría, por su lado, y si así lo entendía necesario, haber recurrido al mecanismo

excepcional de la delegación legislativa prevista en el art. 76 de la CN, con el objeto de fijar en lo sucesivo, pautas y límites claros a las facultades de regulación del Poder Ejecutivo en la emergencia, restringiendo su discrecionalidad y proporcionando herramientas concretas para el control judicial ulterior. Pero lo cierto es que ello tampoco ocurrió.

Lo que se evidenciaría haber existido es una evidente inacción o insuficiente acción por parte del Poder legislativo, que ha permanecido inexplicablemente impasible frente al descrito estado de cosas, admitiendo pasivamente una suerte de invasión casi frecuente del campo de sus facultades propias y privativas por el Ejecutivo¹⁸¹ y que podría terminar por consolidar restricciones de derechos y libertades elementales, sin intervención del Poder del Estado asignado al efecto, así como un peligroso ensanchamiento o concentración de poder en el Ejecutivo que censura la propia normativa fundamental (art. 29), por el potencial daño al sistema institucional que ello representa, al equilibrio de poderes y, en definitiva, a las garantías consagradas por la normativa fundamental. Porque si bien en la obra de MONTESQUIEU¹⁸² no se habla de una separación tajante de los poderes¹⁸³, y, de hecho, cada poder no posee atribuciones exclusivas¹⁸⁴, resulta claro que la idea dominante de la misma¹⁸⁵ ha sido que la concentración de poderes anula la libertad, y la

¹⁸¹ Contrario a lo prescripto por la Constitución según ha señalado la CSJN (Fallos 328:3193, *Arias*).

¹⁸² Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu, *De l'esprit de lois*, París, 1956, Libros IV y VI; ed. Española, Madrid, 1906, p. 227.

¹⁸³ RAMELLA, Pablo, *División de poderes: perspectivas en Argentina*, Rev. Chilena de Derecho, Vol. 12, p. 325. De hecho, cabe ser señalado, MONTESQUIEU fijó su atención más en el equilibrio que en la separación de poderes.

¹⁸⁴ Según apunta KANT, "los tres poderes del Estado están coordinados entre sí..., cada uno de ellos es el complemento de los otros dos" (KANT, Emanuel, citado por DE LA BIGNE DE VILLENUEVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, 1934). Nuestro Alto Tribunal ha seguido dicha idea hablando así de un accionar armónico y coordinado de los poderes (CSJN. Fallos 319:2641, *Soria*; 316:2940, *Nicosia* -voto Dr. MOLINÉ O'CONNOR-; íd. 327:46, *Lona*; íd. 327:1479, *Bertolotto* -votos Dres. BELLUSCIO y BOGGIANO-; íd. 327:4376, *Cavallo* -voto Dr. MAQUEDA-).

¹⁸⁵ Cuyos orígenes se remontarían mucho atrás, apreciándose ya en las obras de ARISTÓTELES (*La Política*, Libro IV, Capítulos XI, XII y XIII), POLIBIO (*Historia universal*, Libro VI, Capítulo VI), CICERÓN, TOMÁS DE AQUINO, BODIN, LOCKE, J. (*Tratados sobre el gobierno civil*, 1690) y muchos otros (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Teoría e historia constitucional*, Bs. As., t. I, p. 94; VILLANUEVA GÓMEZ, Luis E., *La división de poderes: teoría y realidad*, Univ. Nac. Autónoma de México, 2014, p. 151 y ss.). En el Derecho constitucional algunas corrientes se han expresado no muy entusiastas con una estricta separación de poderes (FINER, Hermann, *Theory and practice of Modern Government*, 2nd. ed., New York, 1950, p. 219 y ss; VILLANUEVA

expresión enfática de dicha idea está contenida en el art. 29 de nuestra Constitución.

Las soluciones legislativas sancionadas al margen de la Constitución resultan siempre perturbadoras de la reserva de jurisdicción que ésta instituye en su artículo 75 inciso 12¹⁸⁶, desde que la misma se basa en la separación o distribución de los poderes, principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. 1 y cc., Constitución Nacional)¹⁸⁷ y sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno quedaría sin base que la sustente. Se ha dicho así que el equilibrio de poderes sería condición indispensable para que subsista el Estado republicano¹⁸⁸, y la esencia de nuestro sistema de gobierno se asienta en la limitación de los poderes y la supremacía de la Constitución¹⁸⁹. Y si bien el principio de división de poderes puede ser adecuado a las necesidades de la vida contemporánea en la medida que lo toleren las normas constitucionales¹⁹⁰, no resultaría posible convalidar la violación a la esencia de dicho principio que comporta una incursión como un co-legislador habitual u ordinario, al par del establecido por la norma fundamental, y al mismo tiempo del desenvolvimiento de éste, donde las facultades estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente gravamen de las libertades humanas¹⁹¹, siendo que dicho principio medular ha sido instituido como una garantía de los derechos de la comunidad y no como una prerrogativa del Estado frente a los particulares¹⁹². Bien reflexionaba MADISON acerca de la necesidad de que el poder se encuentre siempre debidamente dividido y controlado al momento de construir las instituciones¹⁹³.

2.7. Ciertamente, no pretendemos en manera alguna desconocer los graves efectos que ha producido la pandemia en nuestro país, y particularmente,

GÓMEZ, op. cit., p. 160; POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1898, t. I, p. 215; JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Bs. As., 1981, p. 377; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 2ª. ed., 1979, p. 55).

¹⁸⁶ En cuanto asigna al Congreso la atribución de dictar los Códigos y demás leyes de fondo.

¹⁸⁷ CSJN, Fallos 251:472, *Beneduce*, voto Dr. BOFFI BOGGERO.

¹⁸⁸ BURRUEL HUERTA, Leopoldo, *Principios constitucionales*, México, 2013.

¹⁸⁹ CSJN, Fallos 316:2940, *Nicosia*; 319:3148, *Monges* -voto Dr. FAYT-, íd. 321: 1799, *Barsanti*; íd.330:3160, *Bussj*; íd. 322:1616, *Fayt*.

¹⁹⁰ CSJN, Fallos 316:2624, *Cocchia*.

¹⁹¹ Del fallo de la CSJN in re: *Fernández Arias c. José Poggio*, Fallos 247:646.

¹⁹² CSJN, Fallos 310:2709, *Caja Nacional de Ahorro y Seguro*.

¹⁹³ MADISON, James, *El Federalista*, nro. 51, N. York, The Federalist Papers, pub. el 8/02/1788.

en lo que nos concierne, en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, fenómeno que sin duda seguirá provocando sus consecuencias hasta la total superación de la afección y por un tiempo consecencial ulterior, lo que también sin dudas ha justificado el dictado de una legislación de emergencia para procurar su remedio. Es también cierto que en ocasiones sería casi ínsita a la dinámica de las emergencias la posibilidad de que determinados formalismos puedan ser desplazados para el fin de superar la amenaza que se cierne inminente¹⁹⁴. Tampoco creemos -según dijéramos- que pudiera ponerse en duda siquiera por un instante la valía indudablemente esencial de los fines que -según se proclamara en cada ocasión- se habrían propugnado alcanzar a través del dictado de las normas de necesidad y urgencia por el órgano ejecutivo.

Lo que entendemos es que, habiéndose dictado en sus comienzos esas medidas excepcionales por el citado poder -como el mismo reconoció-, y habiendo retomado sus actividades el órgano constitucional natural, el Congreso, y encontrándose el mismo funcionando a través de sesiones virtuales o mixtas, habrían dejado de verificarse las condiciones de excepción que, según la Constitución, legitimarían la incursión del Ejecutivo en el ejercicio de la función legislativa de necesidad y urgencia. Adoptadas las iniciales medidas de excepción para enfrentar la situación crítica por entonces avizorable de la pandemia, procurando entre otras cosas demorar -según se expusiera en sus considerandos- el pico en la curva de contagios y mitigando su impacto en el sistema sanitario, con posterioridad, y habiendo retornado el Poder Legislativo a sus actividades, los instrumentos para reducir y superar las consecuencias deberían haber sido adoptados a través de los mecanismos institucionales previstos por la Constitución¹⁹⁵.

Sin embargo, lo que se habría dado es una trastocación de lo extraordinario en algo ordinario y corriente, una suerte de acostumbramiento al arrogamiento repetitivo de una ejercitación que, por esencia, debería revestir condiciones de marcada excepcionalidad, una “habituación” a una anomalía

¹⁹⁴ COLOMBO MURÚA, Ignacio, *Emergencias y formas constitucionales o de por qué la forma es tan importante como la materia*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional, 2020.

¹⁹⁵ Véase SABSAY, Daniel, *El Poder Legislativo debe seguir funcionando*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional, mayo 2020, p. 1 y ss.

institucional. Como dice MIDÓN, en la especie se habría producido una “ordinarización” de los decretos de necesidad y urgencia, de manera tal que la calidad de lo extraordinario, que por cualidad esencial pertenece a un decreto de esa clase, pasó a convertirse en una norma habitual¹⁹⁶. En dicho punto, preocupa la falta de ejercitación de las facultades por el Poder Legislativo, al tiempo que - como señala SABSAY¹⁹⁷- preocuparía también la continuación en el dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Ejecutivo y la suerte de “normalización” del ejercicio de facultades legislativas por parte del titular de dicho poder, desde que todo acto que afecte el ejercicio de derechos fundamentales requiere de la sanción de una ley, vale decir, de una decisión del Congreso de la Nación.

La norma de competencia o fuente de validez parecería en definitiva haber sido transgredida, colocando consecuentemente en situación de fragilidad la validez de las normas tutelares de regulación que, con fines sin dudas loables, se continuaran dictando por el citado poder en una dinámica que ha persistido aún a la fecha, y poniendo así en última instancia en riesgo la solidez misma del esquema tutelar diseñado para alcanzar los nobles propósitos que se dijera perseguir. No por sus fines, sino por los medios empleados. Porque, si bien indudablemente las normas así dictadas pertenecerían al ordenamiento jurídico, por ser normas que han sido creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiere en determinadas circunstancias el poder de dictar normas, se habría soslayado, empero, que ello es así -y entre otros requisitos- *siempre que se ejercite en las condiciones expresadas en el ordenamiento*¹⁹⁸. Y, en la especie, atendiendo a la forma, extensión temporal y reiteratividad con que fuera llevada a cabo la creación normativa, y hallándose en plena actividad el órgano natural al que la Constitución asigna la atribución legislativa, se evidenciaría un marcado desatendimiento de los procesos legítimos de producción y reconocimiento de las normas, más allá de cualquier consideración axiológica, ética o política que pudiera formularse a su respecto. Una

¹⁹⁶ MIDÓN, Mario, *Los DNU y el síndrome del fumador empedernido*, Asoc. Arg. de Derecho Constitucional, septiembre 2020, p. 1,

¹⁹⁷ SABSAY, Daniel, *El Poder Legislativo debe seguir funcionando*, en Bol. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, abril 14 de 2020.

¹⁹⁸ PEÑA FREYRE, Antonio M., *Validez y vigencia de las normas*, p. 103.

Constitución, decía el profesor mexicano BURGOA ORIHUELA, debe tener un alma, la cual se expresa en un conjunto de principios, y los órganos por ella establecidos no pueden cambiar la esencia de esa ley fundamental al punto de transformarla en una nueva mediante la alteración, supresión o sustitución de los aludidos principios¹⁹⁹. Según resaltara hace tiempo el Máximo Tribunal argentino, la Constitución configura un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres, tanto en tiempos de paz como de guerra, y sus provisiones no podrían ser suspendidas en ninguna de las grandes emergencias en que los gobiernos pudieran encontrarse²⁰⁰. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos resulta reveladora que aún en graves crisis económicas y de guerras internacionales hubo de mantenerse el Estado de Derecho²⁰¹.

Como se dijera, el sistema institucional argentino no habría estado respondiendo adecuadamente. Se evidenciaría, en suma, lo que un constitucionalista ha dado en llamar “una República *inmunodeprimida*”²⁰², en una evolución que preocupa, pues puede conducir a un debilitamiento del citado Estado de Derecho. Cabría tal vez recordar al efecto, que la República constituye un sistema complejo que, en alguna manera, funciona como un ser viviente, que para existir y permanecer debe mantener un adecuado equilibrio. La afectación del mismo, su desequilibrio, no sólo daña al sistema, sino fundamentalmente a las personas, que constituyen su centro y su eje²⁰³.

¹⁹⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, 1994, ps. 42 y 45/46.

²⁰⁰ CSJN, *Compañía Azucarera Tucumana*, Fallos 150:150

²⁰¹ Así, en los casos *Schtecher Poultry Corp. Vs. United States*, 295 US, 495 (1935); *Humphrey's Executor vs. United States*, 295 US, 602 (1935); *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 US, 579 (1952).

²⁰² CASTRO VIDELA, Santiago, *Una república inmunodeprimida*, op. cit.

²⁰³ CASTRO VIDELA, op. cit.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2004). *The emergency Constitution*, Yale Law Journal 1029.
- ACKERMAN, M. (2020). "El COVID-19 (Coronavirus), y la relación de trabajo", *Boletín de la AADTySS*, marzo.
- AGAMBEN, G. (2005). *State of exception*, Chicago University Press, Chicago.
- ALEXY, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*, trad. esp., Barcelona.
- ALONSO GARCÍA, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid.
- ARRIAGA CÁCERES, M. (2017). "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas", *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40.
- BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., 2ª. ed., t. II.
- BIDART CAMPOS, G. *Derecho Constitucional*, Bs. As., t. II.
- BIDART CAMPOS, G. (1964). *Control de la razonabilidad legislativa por la Corte Suprema*, ED, t. 9.
- BIDART CAMPOS, G. (2000). *Manual de la Constitución reformada*, t. II.
- BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., t. 2.
- BURGOS ORIHUELA, I. (1994). *Renovación de la Constitución de 1917*, México.
- BURRUEL HUERTA, L. (2013). *Principios constitucionales*, México.
- CABANELLAS, G. y ALCALÁ ZAMORA, L. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 14ª. ed, Bs. As., t. 3.
- CASSAGNE, J. (1991). *Derecho Administrativo*, Bs. As., t. II.
- CEPAL-OIT (2020). *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. La dinámica laboral en una crisis de características inéditas: desafíos de política*, ed. 23ª, noviembre.
- COLOMBO MURÚA, I. (2020). *Emergencias y formas constitucionales o de por qué la forma es tan importante como la materia*, pub. de la Asociación Arg. de Derecho Constitucional.
- COMADIRA, J. (1995). "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", *Rev. LL*, 1995-B, 825.

- DALLA VÍA, A. “La emergencia y el estado constitucional de derecho”, *Rev. Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2003). “Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad”, *Rev. Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2005). “El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática”, *Anuario de Derecho Civil*.
- DELGADO PINTO, J. (1990). “Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas”, *Doxa*, núm. 7.
- DICEY, A. (1959). *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 10th ed.
- DÍEZ PICAZO, L. (1990). *La derogación de las leyes*, Madrid.
- DYZENHAUS, D. “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, University of Toronto, *Cardozo Law Review*, vol. 27:5.
- ESTEVA GALLICCHIO, E. (2002). “Los Estados de Excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales”, *Ius et Praxis*, 8 (1).
- FARIÑAS DULCE, M. J. (1991). *El problema de la validez jurídica*, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia juris*, t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia*, trad. esp., Madrid.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1999). *Prólogo*, en DESPOUY, L., *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM.IIJ.
- FLORES DAPKEVICIUS, R. (2008). “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones constitucionales*, n° 19, México, julio/dic.
- GARCÍA BELSUNCE, H. *La emergencia en la Constitución Nacional*, ED, t. 154.
- GASCÓN, M. (1997). *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, núm. 20.
- GELLI, M., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., 5^a. ed., t. I.
- GRILLO, I., *Constitución y emergencia*, Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.
- GUASTINI, R. (1999). *La Invalidez*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona.

- HART, H. (1974). *The concept of law*, Oxford, 2a. ed.
- HERNÁNDEZ, A. (2003). *Las emergencias y el orden constitucional*, México.
- HERNÁNDEZ, A. (2004). “Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos”, en AAVV, *Derecho Constitucional*, Bs. As.
- HERNÁNDEZ, J. (2020). *Emergencias, orden constitucional y Covid-19 en Argentina*, UNC.
- HUTCHINSON, T. (2002). “La actual crisis y su solución desde el derecho”, *Rev. de Derecho Público*, 2002-2, La Emergencia económica (2ª. parte), S. Fe.
- LEGARRE, S. (2004). *Poder de policía y moralidad pública*, Bs. As.
- LINARES QUINTANA, S. (1956). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., t. V.
- LINARES QUINTANA, S. (1977/1988). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As., t. VI.
- LOBATO, J. (2020). “Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales”, *Boletín Digital de la Asoc. Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS)*.
- MARIENHOFF, M. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., t. I y t. II.
- MIDÓN, M. (2001). *Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As.
- MIDÓN, M. (2020). *Los DNU y el síndrome del fumador empedernido*, Asoc. Arg. de Derecho Constitucional, septiembre.
- OIT (2020). *Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos en América Latina y el Caribe*, 2ª. ed, septiembre.
- OIT (2020). *Informe Mundial sobre salarios 2020-2021. Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, diciembre.
- PÉREZ HUALDE, A. (2020). *La urgencia en el marco de las emergencias*, pub. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, marzo.
- PINÉSE, G. (2005). *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*, SAIJ: DACC050009.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1975). *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo.
- QUIROGA LAVIÉ, H. (2000). *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As.

- RIBERI, P. (2020). *En caso de emergencia: rompa el vidrio*, pub. por la Asoc. Argentina de Derecho Constitucional, octubre.
- SABSAY, D. (2007). "A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico", *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, Córdoba.
- SABSAY, D. (2020). "El Poder Legislativo debe seguir funcionando", *Bol. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, abril.
- SAGÜÉS, N. (1997). *Elementos de derecho constitucional*, 2ª. ed, Bs As., t. 2.
- SAGÜÉS, N. (2016). *La Constitución bajo tensión*, Querétaro.
- SARAVIA FARÍAS, B. (2018). "Los decretos de necesidad y urgencia", *Rev. LL*.
- SCHMITT, C. (1988). *Political Theology, Four chapters on the concept of sovereignty*, MIT, Cambridge, Massachusetts.
- SILES, A. (2017). "Problemática constitucional del Estado de Emergencia en Perú; algunas cuestiones fundamentales", *Estudios constitucionales*, vol. 15, n° 2.
- SPOTA, A. (1992). *La división de poderes en la emergencia*, LL, Bs. As., 1992-A.
- TRUEBA URBINA, A. (1972). *Nuevo Derecho del trabajo*, México.
- VÁZQUEZ VIALARD, A. (1982). *Tratado de Derecho del trabajo*, Bs. As., t. II.
- VIGO, R. (2016). "Una teoría de la validez jurídica", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39.
- VON WRIGHT, G. (1963). *Norm and action (A logical Enquiry)*, London.
- WROBLEWSKI, J. (1982). "Tre concetti di validità", *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1.
- YLARRI, J. (2015). "La división de poderes en la Argentina", *Rev, Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio.
- ZIULIU, Adolfo G., *Estado de sitio*, Bs. As.