

EL ‘DEPARTAMENTALISMO’ COMO REPUESTA A LA EMERGENCIA

-REFLEXIONES DESDE EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO-REPÚBLICANO-¹

‘DEPARTMENTALISM’ AS A RESPONSE TO THE EMERGENCY -REFLECTIONS FROM POLITICAL-REPUBLICAN CONSTITUTIONALISM-

Por *Pablo Riberi* (*)

Resumen: De entre todos los sistemas normativos, la ley es la que puede mejor controlar el comportamiento humano. En tiempos de emergencia -como la actual pandemia-, los poderes ejecutivos de la región se han inclinado a manipular los procesos legislativos al tiempo que no han sido pocos los casos en los que han sido responsables directos de un lamentable deterioro en materia de derechos individuales. Dos cuestiones fundamentales, de tal suerte, merecen nuestra atención. En primer lugar, ¿existen límites eficientes al Derecho? Y, en segundo lugar, ¿pueden quienes detentan el poder ser acaso sometidos a un oportuno control constitucional? En otras palabras, en tiempos de emergencia, ¿cuál es la estrategia constitucional más sensata y legítima que permita promover controles cruzados entre los poderes superiores del Estado? ¿qué puede aportar el llamado ‘Departamentalismo’ en este debate? En síntesis, lidiando con estos desafíos abrumadores, esta monografía intentará esclarecer algunos malentendidos analíticos mientras explora mejores y más legítimas respuestas institucionales para los tiempos de emergencia.

Palabras clave: Teoría y Derecho Constitucional – Emergencias – Pandemia – Controles político-constitucionales - Departamentalismo

Abstract: Among all normative systems it is the law the one which can control human behavior most thoroughly. During emergency times -such as the current pandemic-, the executive powers of the region are inclined to manipulate the law-making processes when not hastening dire cycles of human rights backsliding. Two fundamental questions in constitutional theory, then, deserve our utmost attention. Firstly, whether there are actual

¹ Artículo recibido el 10/11/2021 y aprobado para su publicación el 20/11/2021.

Este texto es una síntesis de una contribución hecha para una obra colectiva editada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Asimismo, es una reelaboración en nuestro idioma de otra contribución escrita para un libro colectivo editado por la IACL-AIDC, cuyo título es: “When the Center Lies Outside the Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies”, en COVID-19 and Constitutional Law, en AAVV –editado José María Serna de la Garza-, COVID-19 and Constitutional Law, Fondo de Cultura Económica, México, 2020. De algún modo, el presente texto actualiza mis reflexiones respecto a la pandemia aunque, hay que notarlo, las mismas están desarrolladas dentro del marco general que impone una teoría constitucional de la emergencia.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Teoría Constitucional Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Comité Ejecutivo de la International Association of Constitutional Law (IACL-AIDC). Actualmente es Schumann Fellow de la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster, Alemania.

limits to Law and, secondly, whether those office-holders can be subjected to timely constitutional controls. In other words, during emergency times, is there a most sensible and legitimate constitutional strategy to promote cross-checks among the State main branches? What does the so-called 'Departmentalism' have to say in this regard? In short, grappling with these overwhelming concerns, this paper spells out some analytical misunderstandings while exploring legitimate institutional responses to the constitutional emergencies.

Keywords: Constitutional Theory and Constitutional Law – Emergencies – Pandemic – Political/Constitutional Controls - Departamentalism



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(5\)01](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(5)01)

“The power of a man, to take it universally, is his present means to obtain some future apparent good, and is either original or instrumental”

Thomas Hobbes, *Leviathan*, Chapter X (1651)

I. Proemio

Desde tiempos pretéritos, la reflexión constitucional tuvo en claro que una comunidad política civilizada necesita estabilidad y legitimidad en las instituciones superiores del Estado². Cualquiera sea la naturaleza del régimen político democrático-republicano, la autoridad de quien/es ejerce/n el monopolio legítimo de la fuerza necesita reglas primarias y secundarias cuyo consentimiento o perdurabilidad deben asegurar dos objetivos constitucionales primordiales. Por un lado, la evitación de la violencia para resolver conflictos intersubjetivos en la sociedad. Por otro lado, el desbaratamiento de la opresión como fenómeno ‘ordenador/estabilizador’ de las relaciones civiles.

No hay ningún sistema de normas capaz de controlar la conducta humana tan eficaz como el Derecho. La omnipresencia de la ley, en este contexto, se ha transformado en un producto racional y sensato para la vida civilizada. En la actualidad, empero, estamos habitando espacios cada vez más estrechos donde el derecho satura el significado de todas los vínculos civiles³. El derecho invade todos los rincones del mundo conocido al tiempo que, un/os Estado/s vigilante/s se muestran procelosos y dispuestos a regular todos los intersticios de la vida humana.

² Maquiavelo advierte esa necesidad, por caso, en el tratamiento de la tensión entre ‘virtú’ y ‘fortuna’ en el capítulo VII del Príncipe. Cfr. MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, A.L, Mateo Editores, Madrid, 1994, pp. 63-71. Asimismo, ver BOBBITT, Philip, *The Garmets of Court & the Palace*, Atlantic Books, London, 2015, pp.74 y ss.

³ Ver RODOTÀ, Stefano, *La Vida y las Reglas*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 25.

Por otro lado, se advierte que en situaciones extraordinarias como la corriente emergencia sanitaria, el poder –con todos sus instrumentos- tiende a concentrarse. Y en este sentido, es posible apreciar una inclinación de quienes detentan el Poder Ejecutivo –no solo en la Argentina-, a actuar sin otros límites que la propia voluntad. Como tantas veces en la historia, ciertos hechos extraordinarios despabilan al Leviatán de su modorra. Si esto fuere correcto, entonces, de tanto en tanto -invocando o despreciando al derecho-, el Poder opera incontenible.

El Poder sigue al Derecho pero bien puede ser a la inversa. En cualquier alternativa, al menos desde un punto de vista de un constitucionalismo republicano asumimos que el Poder debe estar limitado. En este contexto, una pregunta relevante dentro de la teoría constitucional y la filosofía política, es la que indaga sobre si resulta sensato proponer límites al Poder durante las emergencias⁴. En otras palabras, el derecho: ¿todo lo abarca? Y muy concretamente, ¿pueden las reglas de derecho adelantarse y regular incluso las situaciones más extremas del mundo de la vida? Y aquí otra repetida pregunta que es más bien práctica: ¿Cómo sería posible limitar y controlar de manera eficiente la voluntad de los ejecutivos en tiempos de emergencias?

En síntesis, asumiendo los costos y peligros que entraña la aludida sobre-regulación del Derecho y/o la exorbitación del Poder, propongo reflexionar sobre los peligros que acechan cuando el juicio unilateral del Poder Ejecutivo rompe los cercos constitucionales.

1) Tesis y enunciados básicos

Tesis: dados los aludidos presupuestos, entiendo que los desafíos que proponen las emergencias de toda índole en función de los arrestos autoritarios del Poder Ejecutivo, tienden a ser mejor controlados –sin inhibir la habilitación

⁴ Lo que Karl Engisch llama “*Die Rechtsfreie Raum*” Ver ENGISH, Karl, *El Ámbito de lo No Jurídico*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

de respuestas extraordinarias-, cuando (sí y solo sí), el Congreso juega un papel central dentro de un ajustado equilibrio de poderes. Luego, amén de proponer algunas precisiones analíticas, es objetivo principal de este texto argumentar a favor del llamado ‘Departamentalismo’. Para probar esta tesis, presento los siguientes enunciados.

1. Primer Enunciado: Mi primera intuición afirma que el concepto de “emergencia” y todos los institutos, procedimientos y reglas implicados –estén o no estén regulados en la Constitución-, tienen siempre carácter normativo. Esto quiere decir que, aun aludiendo a un evento extraordinario y global –como la pandemia del COVID-19-, la emergencia, no puede estar reportada como una categoría factual. La misma debe ser concebida en específicas claves normativas. En otras palabras, según el caso, las emergencias siempre han sido pensadas por el legislador constitucional y, en cuanto tales, deben en consecuencia ser interpretadas como un remedio esencial para restituir la normalidad política, económica, social, ambiental, etc.

2. Segundo Enunciado: En términos democrático-republicanos – particularmente en países como la Argentina-, mi segunda intuición indica que el análisis de situaciones de emergencia –como la actual pandemia-, impone centrar el foco de análisis sobre aspectos institucionales relativos al comportamiento de los poderes fundamentales del Estado. A contramano de lo que sucede en Argentina, me interesa en particular resaltar la centralidad que debe tener el Poder Legislativo en estas circunstancias.

De tal suerte, aquí estamos ante dos ideas esenciales. En primer término, con relación al primer enunciado, es esencial distinguir analíticamente qué es “emergencia” y qué es “excepción”⁵. Más allá de los usos lingüísticos, dada la historia conceptual del término, la primera solo puede ser comprendida e

⁵ Ver RIBERI, Pablo, “Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009. Ver también, RIBERI, Pablo, *La Emergencia como Remedio Constitucional, ¿o Viceversa?*, El Derecho (Jurisprudence and doctrine Law Journal), Año XLIII, Nro. 11349, Buenos Aires, September, 3, 2005.

interpretada en claves normativo-constitucionales. La segunda, en cambio, denota la irrupción de circunstancias “extra-constitucionales” donde la principal certeza es la ausencia de una autoridad o una norma legítima que pueda resolver una situación de conflicto terminal.

En segundo término, atendiendo el segundo enunciado básico, invito a pensar los institutos, los procedimientos y/o las reglas previstas en términos de diseño constitucional. Vale decir, pensar la implementación de los remedios y la actuación del Poder de modo dinámico. Es necesario comprender cómo el comportamiento real de los órganos creados en la parte orgánica de la Constitución pueden variar el rango de sus competencias en situaciones de emergencia. Con mayor precisión, me atrevo a ir un paso más lejos. Mi impresión es que la justicia y eficacia de tales previsiones para tiempos extraordinarios, en rigor de verdad, dependen poco de la cultura cívica, la buena voluntad del Poder Ejecutivo y/o de la valentía de jueces. La precisa y sofisticada retórica de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución, luego, no decide la calidad y vigencia de los derechos amenazados en emergencia. La mayoría de los académicos, claro está, prefieren un debate sobre la cubierta; allí donde el sol da brillo a los derechos⁶. En línea con Gargarella, sin embargo, entiendo necesario otra cosa. Me parece más importante descender al oscuro sótano para asegurarnos el buen funcionamiento de la “sala de máquinas” de la Constitución.

2) Los confines de la normalidad

Toda Constitución supone una disposición, un orden, una organización institucional del Poder. Como decían los griegos, una Constitución supone entonces una *καταβολή*: acción de echar los cimientos.⁷ Fiel al legado de la

⁶ Ver GARGARELLA, Roberto, “*Latin American Constitutionalism and the Engine Room of the Constitution*”, en: RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Nomos-Facultas*, 2014, pp-97-115.

⁷ Los mecanismos constitucionales a través de los institutos de “emergencia” como el Estado Sitio, precisamente, son incorporadas para evitar aquellos que los griegos llamaban “*Stasis*”: el vacío de Poder.

“Ilustración”, una Constitución legítima, por otro lado, debe promover la protección de derechos humanos. En este contexto, luego, resulta plausible que la “emergencia” no puede sino ser un concepto nomativizado⁸. En consecuencia, las condiciones de su vigencia, y las posibilidades competenciales extraordinarias habilitadas en emergencia, performativamente, deben estar necesariamente limitadas a específicas condiciones atributivas que solo la continuidad de un orden constitucional puede dotar de legitimidad. Naturalmente, la emergencia nunca puede convertirse en una aduana que permite introducir abiertas violaciones a los derechos constitucionales que la misma Constitución ha consagrado en tiempos de normalidad. Ello debe ser así en la medida que el mismo sistema constitucional conserve la capacidad de resguardar todo el orden jurídico-político que hubo de edificarse sobre la Constitución amenazada⁹.

En este tiempo histórico de grandes desafíos globales; en esta época de grandes desarrollos tecnológicos, una creciente desigualdad y una mayor vulnerabilidad está afectando a numerosos colectivos de sujetos desorientados. Y en este contexto, no son pocas las voces que nos ponen en alerta sobre capilares y sutiles dispositivos de *bio-política* que empecinadamente se dedican a conocer, monitorear y controlar las acciones y las condiciones de vida de las personas. Aun en emergencia, desde el punto de vista republicano y desde la mirada del constitucionalismo político, que quede claro, el diseño constitucional está llamado a ordenar los incentivos y mecanismos institucionales que deben evitar la normalización de situaciones extraordinarias. Me refiero a cualquier situación

⁸ Hobbes afirmaba: “(...) *Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia(...)*”. Ver HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Volume I, Chapter. XIII, p.138, Madrid, 1984, p. 138.

⁹ Aun cuando Schmitt recupera el ‘decisionismo hobbesiano’ (*sin decisión política no hay derecho*), es evidente que la existencia de una Constitución supone el carácter normativo de sus provisiones. Más allá de las críticas hacia el expansionismo normativo, luego, esto es claramente plausible. Lo es, incluso, en términos de una ‘Teología Política’. Vale decir, por oposición a las tesis racionalistas, consensualistas de matriz liberal, lo es también en tanto justificación de un orden secular fundado sobre ‘sacrificios’ realizados para lograr un orden constitucional de normas. Cuando la política está completamente escindida del derecho, por el contrario, desaparece con ello también la obediencia legítima. Cuando ello sucede, la política se transforma en violencia y coacción a secas. Cfr. KAHN, Paul, Columbia University Press, 2012.

extraordinaria –o de emergencia- que pudiera contingentemente alterar la ecuación constitucional entre Libertad y Poder.

Afirmaba Schmitt: “*soberano es aquel que decide en la excepción*”.¹⁰ Este enunciado, es pleno, nos hace pensar en algo muy importante que no debe ser soslayado. Nos advierte que, en situaciones de conflicto civil extremo, es bien factible desconocer, cuestionar o convalidar/reconocer la legitimidad y la autoridad del poder sometido a disputa. Sea como fuere aun cuando las emergencias refieren a situaciones excepcionales, de ello no puede inferirse que su irrupción se encuentra necesariamente desconectada del orden constitucional establecido. No es lógico inferir que todas las emergencias suponen la habilitación de un nuevo ‘soberano’ o que la ratificación del mismo sea al margen de la ley.

El concepto de ‘excepción’, luego, nos plantea un escenario diverso a aquel de la normalidad -y a aquel de la emergencia-. Lo que el concepto de excepción desnuda no es otra cosa que la existencia de la pura politicidad en cuyo vientre nuevas decisiones fundamentales son gestadas para reemplazar a aquellas otras que habían dominado durante la vigencia del orden en decadencia. A los fines de asegurar su supervivencia, precisamente, el orden constitucional suele desarrollar mecanismos de emergencia a nivel constitucional. Toda ampliación emergencial de competencias estatales debe ser interpretada como un modo de auto-defensa de la legalidad constitucional existente. Nunca como un medio de sustitución de la misma.

II. Derecho Constitucional Comparado

Dado que existen específicas previsiones normativas y prácticas atávicas involucradas en diversos sistemas constitucionales, es esencial distinguir entre

¹⁰ Ver SCHMITT, Carl, *Political Theology*, M.I.T. Press, p. 5.

“emergencias reguladas” y “emergencias no-reguladas” en el derecho constitucional comparado¹¹.

Desde el punto de vista del diseño constitucional, entonces, en tiempos de la república romana, existía el “*senatus consultus ultimum*” y la institución excepcional de la “dictadura”, la cual fue pensada dentro de un esquema de “incentivos” procedimentales ajena a toda limitación sustantiva. El objetivo era mantener la integridad y la salud pública de la República. Sin que otras magistraturas fenecieran o fueran suspendidas, puesto en funciones el dictador, por un plazo perentorio fatal de 6 meses -o cuando se vencía el mandato de alguno de los cónsules-, el mismo gozaba de amplias y discrecionales facultades. La fórmula de emergencia del legislador romano es sencilla y sensata: pragmatismo y precaución.

1) Modelos regulados

Existen muchos antecedentes desde tiempos pretéritos. Maquiavelo entendía que el instituto debía estar regulado *ex -ante*; restringido por medio de correctos incentivos. Es decir, siguiendo el modelo de la república romana.¹² El estado de sitio, cabe notar, recién fue introducido como tal en Francia por la ley del 10 de julio de 1791. Por otro lado, al igual que lo establecido por la reforma de 1949 en Argentina con la identificación de un estado de alarma –art.34-, algunos países como Portugal o Alemania, diagraman un esquema gradual alternativo de emergencias. España, por ejemplo, ha introducido tres tipos diversos de emergencias. Y Brasil, reconoce como un instituto diferente al estado de sitio

¹¹ Ver GROSS, O., “*Constitutions and emergency regimes*”, -edited by GINSBURG, Tom& DIXON, Rosalind, *Comparative Constitutional law*, Edward Elgar, 2011, pp 334-339.

¹² Aludiendo a la unidad de acción, Maquiavelo afirma con gran sagacidad: “...[los ordenamientos habituales de las repúblicas tienen movimientos lentos, ... y, como para ponerse de acuerdo se necesita tiempo, los remedios son peligrosos cuando ellos tienen que resolver algo que no puede esperar. Entonces, las repúblicas deben poseer entre sus ordenamientos un medio semejante”. Ver. MAQUIAVELO, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Editorial Lozada, Buenos Aires, 2004, pp.138-139.

tradicional al que denomina “estado de defensa”. Este último es declarado por el presidente con el consentimiento de un consejo que le asiste.

No podemos soslayar las penurias que deparó la utilización del célebre art. 48.2 de la Constitución de Weimar, la cual prescribía que, en ejercicio de su potestad, el presidente solo debía informar de su implementación al *Bundestag* Alemán. En la precuela del advenimiento del nacionalsocialismo, sin duda, se registra la utilización descontrolada del instituto por más de 250 veces¹³. Quizás por eso, en este sentido, es muy interesante la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán que no ha dejado dudas de que las emergencias solo pueden declararse con un objetivo inequívoco. Y éste no es otro que el de “*mantener o restituir la integridad de la normalidad del orden constitucional*”¹⁴.

Finalmente, me interesa destacar la propuesta política-procedimental defendida por Bruce Ackerman basada en el artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica. Abundaré al respecto en el punto IV del presente texto¹⁵.

2) Modelos no-regulados de emergencia

No todos los países han regulado las emergencias dentro de sus constituciones. Ni los Estados Unidos, ni Gran Bretaña, ni Suiza, ni Japón o Bélgica, por caso, han dispuesto normas que identifiquen competencias extraordinarias o restricciones específicas a la libertad en virtud de emergencias.

¹³ Ver RIBERI, Pablo, “*Jeinseits von Weimar (Más allá de Weimar): El constitucionalismo moderno asediado*, en: SELEME, Hugo (Ed.), *Instituciones Públicas y Moralidad Política*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 2015, pp.158-190.

¹⁴ Según Böckenforde, las notas básicas de esta doctrina indican: a. La emergencia es un mecanismo político-constitucional para mantener o restituir, precisamente, la normalidad constitucional. b. Su vigencia no puede reemplazar una ley y mucho menos la Constitución. c. Durante la emergencia, la regulación especial es apreciada bajo el rótulo de “medidas”. d. Las medidas tienen un tiempo limitado de vigencia. Ver BÖCKENFORDE, E., *Constitutional and Political Theory –selected writings-*, Oxford University Press, 2017, pp. 117-118.

¹⁵ Existen críticas interesantes a la postura de Ackerman. Por ejemplo, Dyzenhaus rechaza abiertamente la postura del profesor de la Universidad de Yale. Cfr. DYZENHAUS, David, ‘Schmitt v Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?’, en AAVV, HERNANDEZ, Antonio María (coord.), *Constitucionalismo en Tiempos de Emergencia*, Editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Córdoba, 2007, pp 106-109.

Es curioso el caso de la constitución suiza o el caso de la constitución del Reino Unido. En el caso de Suiza, el derecho constitucional comparado hace notar cómo también la declaración de una emergencia ha estado asociada al llamado “estado de sobrevivencia”. Y claro, en virtud de este registro, los decretos de emergencia, han venido siendo convalidados por una larga tradición de prácticas políticas específicas.

La falta de regulación constitucional, sin embargo, ha sido suplida por un prudente pragmatismo. Más allá de ello, la historia constitucional de ese país nos indica que han sido los consensos políticos los mecanismos que han ayudado a desarrollar un estándar de constitucionalidad para convalidar tales medidas. Y en este sentido, mientras las leyes y decisiones se encuentren respaldadas por consensos políticos imprescindibles, no existe margen para la revisión del Poder judicial.¹⁶ En pocas palabras, a la combinación de reglas y principios constitucionales derivados de la soberanía del Parlamento -en el caso de Gran Bretaña-, se le debe sumar también el reconocimiento concreto de las prerrogativas que goza el gobierno. Y a ambas cosas, obviamente, se debe sumar las restricciones que pudieren surgir del *Common Law*. Todo ello, ciertamente, componen un universo integrado de principios tradicionales que, en el tiempo, definen la práctica constitucional del país¹⁷.

En los EEUU, la potencial alteración de la ecuación entre Poder y Libertad por defecto de una emergencia, apenas si han sido tratadas con laconismo constitucional. Por ejemplo, amén de admitir la posibilidad de enviar la milicia, la constitución de los Estados Unidos en su art. I secciones 8 y 9, sólo ha previsto la posibilidad excepcional de suspender la garantía del habeas corpus. Con notables peculiaridades, vale la pena sin embargo advertir cómo la ausencia de regulación no ha sido obstáculo para que en varias oportunidades los tribunales y la Corte Suprema de los Estados Unidos hayan sostenido una mirada crítica-

¹⁶ Ver BÖCKERFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings-*, Oxford University Press, 2017, pp. 124-125.

¹⁷ Ver BÖCKERFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings-*, Oxford University Press, 2017, pp. 121-123.

normativa para resistir las medidas decididas por los poderes más políticos del Estado.

III. Las emergencias en el orden constitucional argentino y el COVID-19

Dado el notable hiper-presidencialismo que caracteriza a la Argentina y a varios países de la región, lo primero que hay que comprender es que, en condiciones de normalidad, ya resulta excesivamente preponderante sino abusivo el cúmulo de competencias del Poder Ejecutivo¹⁸.

El orden constitucional argentino ha regulado con precisión los institutos de la emergencia. La declaración de guerra –art.: 75 inc.25 CN-; el estado de sitio –arts. 23, 75 inc. 29 y 99 inc. 16 CN- y la intervención federal –arts. 6 y 75 inc. 31 CN-, sin duda, son los institutos básicos en la materia. Asimismo, la Constitución contempla la posibilidad de que el presidente dicte decretos de necesidad y urgencia –DNU- y que pueda asumir competencias de legislación por medio de decretos delegados –art. 99 inc. 3 y 76-; sin soslayar que, en ejercicio de sus facultades explícitas e implícitas, por vía legislativa, el Congreso pueda también conceder amplios poderes adicionales de emergencia.

En países como la Argentina, desde un punto de vista de la argumentación jurídica, “*la fuerza normativa de lo fáctico*”, “*la habilitación constitucional*”, el “*fait accompli*”, han sido también subterfugios doctrinarios que han servido para vaciar de contenidos mínimos a los derechos consagrados. Incluso los tribunales –y la Corte Suprema-, de forma inaudita han llegado a convalidar la regulación

¹⁸ Por caso, repasemos el arsenal de decretos de necesidad y urgencia que han tenido lugar desde la recuperación democrática en el país. Alfonsín; Menem 545; De la Rúa 89; Duhalde 158; Nestor Kirchner 270 y Cristina Fernández de Kirchner 81; Macri 69. Alberto Fernández lleva más de 50 a la fecha y más de una docena de decretos delegados.

de emergencia que ha servido para aniquilar la dimensión normativa de los derechos constitucionales durante inagotables ciclos de emergencias.¹⁹

Argentina ha sufrido incontables emergencias de toda índole a lo largo de su historia. Más allá de los golpes de estado, cabe recordar las incontables emergencias económicas. Por ejemplo, durante el siglo XX, de diversas maneras, las normas de emergencia económicas fueron sancionadas para alterar el principio de libertad contractual o el principio de irretroactividad de la ley. En ejercicio del llamado “poder de policía extraordinario”, de paso, las mismas fueron invocadas para ‘sobre-limitar’ el derecho de propiedad. Naturalmente, hubo fallos que convalidaron el congelamiento o prorroga de los contratos de locación. Otros, avalaron recortes a las tasas de intereses o confirmaron prorrogas a los contratos hipotecarios. Y hasta hubo algunos que admitieron las facultades del PEN para cambiar algunos depósitos bancarios por títulos de la deuda pública o para legalizar la llamada pesificación asimétrica de los depósitos en moneda extranjera.

En rigor de verdad, amén de las reconocidas malas prácticas, tenemos algunos problemas de diseño constitucional y es deficiente la reglamentación legislativa de muchas normas abiertas a nivel constitucional. En particular, esto ha impactado en la distorsión del modelo de separación de poderes. Por caso, la deficiente reglamentación del funcionamiento de la comisión bicameral permanente (Ley 26122) que, entre sus principales funciones, debiera controlar el ejercicio abusivo de las facultades co-legislativas de emergencia del PEN (art.99 inc3 y art 76 CN). En mi opinión, no tengo dudas, todo ello es una pesada rémora que afecta las relaciones inter-órganos del Estado²⁰.

La actual pandemia ha dejado consecuencias devastadoras en términos económicos y sociales. Si Holmes alguna vez nos invitó a pensar el “costo de los derechos”, en rigor de verdad, no es sencillo predecir cuál va a ser la cuenta final

¹⁹ Ver GARGARELLA, R & ROA-ROA, J, *Diálogo Democrático y Emergencia en América Latina*, MPIL Research Paper No 2020-21.

²⁰ Cfr. GARGARELLA, Roberto & ROA-ROA, Jorge, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, en MPIL, research papers series 2020-2021.

que van arrojar las decisiones correctas, mediocres y malas que se estén tomando en este momento²¹. Lo que sí estamos en condiciones de saber en Argentina es que las equivocaciones de las autoridades políticas y sanitarias, difícilmente podrán ser oportunamente corregidas por los mecanismos institucionales que debieran asegurar condiciones de deliberación, independencia y control entre los poderes.

Siguiendo las amplias facultades previstas por la ley 27.541 (*Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública*), promulgada el 20 de diciembre de 2019 -con anterioridad a la pandemia-, el país se ha sumergido en un festival olímpico de decretos emanados del Poder Ejecutivo. Sobre todo, esta tendencia se pronunció a partir de la reglamentación del llamado distanciamiento social obligatorio (ASPO), con la sanción del DNU 297/20. Más allá de la razonabilidad y legitimidad de las primeras medias sanitarias, de a poco, el Presidente terminó transformándose en una suerte de *croupier* que reparte unilateralmente beneficios y cargas a la población²². A guisa de síntesis, la legislación de emergencia, en la mayoría de los casos, no ha logrado conformar la matriz de admisibilidad constitucional establecida en el art. 99 inc 3 de la CN²³.

IV. 'Departamentalismo' o cómo volver a poner el centro dentro de la figura

²¹ Ver HOLMES, S & SUNSTEIN, C., *The Costs of Rights*, pp. 49-ss, W.W. Norton & Co, NY, 2009.

²² A propósito de esta situación, son interesantes las reflexiones de Posner y Vermeule. Ver POSNER, R. & VERMEULE, A., "Tryrannophobia", GINSBURG, Tom (Ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012, pp. 333 y ss.

²³ Se intentaron restricciones ambulatorias para quienes tienen más de 70 años, por ejemplo, sin mencionar las medidas que deshumanizan la situación de enfermos terminales y familiares de fallecidos. Asimismo, algunos gobernadores decidieron unilateralmente el corte de rutas y caminos interprovinciales. Ver, HERNANDEZ, Antonio, "Las Emergencias por COVID-19 en Argentina", in -edited by GONZALEZ, Nuria & VALADES, Diego-, *Emergencia Sanitaria por COVID-19 -Derecho Comparado-*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, pp. 23-39.

Para comprender cómo opera la dialéctica entre ‘diseño’ y ‘ethos’ constitucional en claves republicanas, resulta ineludible explorar los vínculos que han tenido ambos términos a lo largo de la historia. Es decir, ciertas lecciones de la historia permiten asimilar mejor cuál ha sido el papel que ha jugado la experiencia que mira el pasado *vis à vis* la inteligencia anticipatoria que prevé el comportamiento institucional en el futuro. Y así, dicho sea de paso, como afirmaba Catón -el viejo-, esta es una clave fundamental que permite comprender las razones constitucionales que explican el desarrollo institucional durante la república romana.

Pues bien, habiendo dicho esto, es plausible que las alternativas institucionales respecto al control del poder durante una emergencia no pueden quedar encapsuladas en la contienda teórica Schmitt/Kelsen o, de algún modo también, entre posiciones ‘normatistas-kelsenianos’ versus los llamados ‘realistas del derecho’. En mi opinión, la disputa teórico-práctica entre ambos, de algún modo, ha logrado sacar de su centro los caracteres relevantes que distinguen a una república democrática. Vale decir, ese centro, está hoy afuera de la figura.

Mi intuición, en cambio, es que desde un punto de vista republicano, este tipo de desafíos, debiera promover la sobrevida institucional por medio de condiciones más participativas y democráticas. Naturalmente, ello es así por el carácter normativo que el comportamiento del Poder -aun en emergencia-, debe exhibir. Y si ello es correcto, todo orden republicano debe estar edificado sobre firmes cimientos constitucionales que permitan sostener un cuerpo robusto de libertades y valores colectivos. Porque claro, no es posible evitarlo, la república se asienta sobre tres pilares incólumes. Estos son la ‘soberanía popular’, el ‘imperio de la ley’ y el principio de ‘no-dominación’.

En consecuencia, en esta inteligencia, lo cierto es que en toda constitución republicana es necesario prever inteligentemente el comportamiento de los poderes superiores del Estado; aun durante las más graves emergencias. Es razonable y deseable que ello suceda. Las expectativas democráticas y republicanas, aun en los contextos más extremos, entonces, han sido proclives a

fortalecer tanto la dimensión normativa de la Constitución como del compromiso cívico con los valores del autogobierno. Porque el orden político constitucional republicano, claro es, se caracteriza por resistir en todo momento al autoritarismo. En rigor de verdad, el mismo no tolera ni la arbitrariedad ni los privilegios ni impunidades que menoscaben sus atávicas prácticas cívicas. Vale decir, más allá de la unidad de acción o de la ampliación de facultades en el Poder Ejecutivo, lo concreto es que un régimen político republicano nunca puede resignar mecanismos plurales de deliberación dentro de los distintos poderes del Estado. Aun en tiempos de emergencia, el orden político republicano es proclive a intentar juicios de responsabilidad contra los funcionarios que desempeñan sus más empujadas magistraturas.

En claves republicanas -y bajo la óptica del constitucionalismo político-, en verdad, tanto la legalidad existente como la eventual legitimidad de las medidas implementadas una emergencia no se encuentran totalmente inmunizadas contra la lógica fáctica de la necesidad. Por eso, en este punto, asoma muy atractiva la regla constitucional del art. 37 de la Constitución de Sudáfrica²⁴. La misma, tal lo destacado renglones arriba es juiciosamente valorada por Bruce Ackerman por cuanto la misma es tomada como un ejemplo cabal de lo que este autor llama: “*escalating cascade of supermajorities*”²⁵. Sin disponer restricciones materiales, trátase de un mecanismo político-constitucional que, a un mismo tiempo, tiene la capacidad de incentivar respuestas institucionales eficaces y controles idóneos durante el transcurso de una emergencia.

Ahora bien, ¿por qué un mecanismo ‘supermayoritario’ merece un juicio tan laudatorio desde el punto de vista republicano? Es sencilla la respuesta. En esta solución constitucional, ello es así porque a partir del reconocimiento parlamentario de la emergencia, la continuidad en el tiempo de las facultades

²⁴ El mencionado artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica, textualmente establece las condiciones y precisa que solo una ley del Parlamento puede declarar el Estado de Emergencia.

²⁵ Ver ACKERMAN, Bruce, “*The Emergency Constitution*”, 113 YLJ 1029, Yale Law Journal, March, 2004.

extraordinarias concedidas al Poder Ejecutivo pasan a estar condicionadas por la incremental secuencia de acuerdos supermayoritarios que, en sucesivas instancias de justificación, imponen nuevos ciclos de debate para alcanzar incrementales procesos agravados de consenso parlamentario.

Si las emergencias son instancias excepcionales donde se juega la preservación del orden constitucional, antes bien, que la permanencia de un líder -o un elenco de gobierno en el Poder-, es ciertamente lógico estarse atentos a dos objetivos imprescindibles. En primer lugar, dado el carácter normativo de cualquier emergencia, el Poder Ejecutivo -o cualquier órgano habilitado- deberá inexcusablemente respetar los límites que el propio texto, las leyes y la práctica constitucional hayan establecido. Vale decir, en un sistema como el nuestro, la ampliación de competencias hacia el Poder Ejecutivo debe necesariamente ser susceptible tanto del control parlamentario como del control que pudieran hacer los jueces. En segundo lugar, por el carácter normativo que presupone todo instituto de emergencia, va de suyo también que la duración de la misma debe estar acotada en el tiempo. Entre otras cosas, esto implica de paso que, si el Poder Ejecutivo fuera el órgano habilitado, la delimitación y/o continuidad de las competencias extraordinariamente concedidas por defecto de una emergencia legalmente declarada, nunca puede depender del juicio o voluntad exclusiva del mismo Presidente.

Indagando sobre las circunstancias que tuvieron lugar con motivo de la pandemia, es posible reflexionar sobre algunos aportes del *case-law* comparado. Dentro de este espectro, resulta oportuno tener presente al menos dos casos relevantes que tuvieron lugar en los Estados Unidos. Me refiero a los planteos de inconstitucionalidad contra medidas de emergencias –dispuestas por la autoridad militar, con el respaldo del Presidente-, durante la segunda guerra mundial. Estoy aludiendo a sendos casos donde ciudadanos norteamericanos sufrieron compulsiva y arbitrariamente el confinamiento involuntario en campos de detención con el menoscabo de sus derechos constitucionales. exploremos la relevancia de ambas referencias.

Ambos antecedentes nos hablan de restricción arbitraria de derechos constitucionales con motivo de una emergencia incuestionable. En la especie, me refiero a ‘Hirabayashi’ y ‘Korematsu’ –ciudadanos norteamericanos-, quienes padecieron un ‘confinamiento obligatorio’ en un campo de detención por la mera condición de ser descendientes de japoneses. En particular, en línea con mi primer enunciado principal –citado al comienzo de este texto-, me interesa llamar la atención sobre el contenido del razonamiento del Juez Jackson en su disidencia en este último caso.²⁶ En efecto, la argumentación es muy relevante, precisamente, porque la fundamentación de la inconstitucionalidad de la medida –Orden 37 del General de Witt-, se sostiene sobre la identificación del carácter normativo que toda interpretación de reglas de emergencia intentada por un juez (constitucional), necesariamente ha de tener sobre el futuro en los derechos en juego. Cabe notar que más allá de la revisión de este precedente (en *Korematsu II*), tal como lo expresa el *Chief-Justice* Roberts en ‘Trump v Hawaii’, su significado ha trascendido como una “*mancha en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos*”²⁷.

De modo que la subordinación del razonamiento constitucional a la lógica de la necesidad, tal lo dicho, resulta claramente un modo tautológico de razonamiento ‘para-constitucional’ que desnaturaliza la historia conceptual que tenido la voz ‘emergencia’. En pocas palabras, la lógica de este razonamiento falaz puede resumirse de la siguiente manera: ‘*a mayores necesidades mayores poderes -al Ejecutivo- y mayores restricciones -a la libertad-*’. Reproduciendo la matriz de pensamiento del voto mayoritario de la Corte Suprema Norteamericana en el citado caso “Korematsu”, por ejemplo, en “Bustos”, el voto de la mayoría de nuestro máximo Tribunal, valiéndose de una emergencia –

²⁶ En *Hirabayashi v. United States*, -320 U.S. 81 (1943)-, la Suprema Corte de los EEUU respaldó la constitucionalidad del confinamiento de ciudadanos norteamericanos descendientes de japoneses. En sus argumentos, la USSC se pronunció ‘deferente’ tanto con el Poder Legislativo como con el Poder Ejecutivo. Luego, en *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-, la Suprema Corte estadounidense ratifica este criterio, aunque son importantes las disidencias de los jueces Jackson, Sawyer y Roberts.

²⁷ Ver *Trump v. Hawaii*, -No. 17-965, 585 U.S. (2018)-.

económica en este caso-, también convalida sin límites ni estándares normativos objetivos de admisibilidad, el incremento abusivo de restricciones al derecho de propiedad.²⁸ En ambos casos, entonces, la interpretación de la regla constitucional queda subordinada a la lógica de la 'necesidad'. Y esto es claramente problemático.

Cabe notar que no estoy intentando legitimar el monopolio de los jueces para definir la legalidad constitucional dentro y/o afuera de la emergencia. En absoluto. Lo que hay que notar aquí es otra cosa. Es fundamental entender que la deferencia judicial irrestricta hacia el Presidente (hacia cualquiera de los tres poderes), equivale a una renuncia injustificada que obtura el necesario control de 'razonabilidad' en situaciones donde la libertad y la separación de poderes están en juego. Luego, cada vez que por defecto de una emergencia, los imperativos declamados por el Poder Ejecutivo reclamen mayores poderes, pareciera, la suspensión o fuga de un mundo normativo pasaría a ser una amenaza convalidable por la abulia de los demás poderes superiores del Estado²⁹.

El argumento de Jackson, empero, a contramano del voto mayoritario en 'Korematsu', decide revisar -en términos estrictamente constitucionales-, la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva 9066/1943. Jackson advierte que más allá del análisis sobre las causas y los efectos involucrados, un juez de la Constitución no puede dejar de pensar en el sentido temporal que cada decisión suya proyecta sobre la vigencia del orden constitucional. En consecuencia, Jackson no se detiene a analizar el mérito militar de la decisión técnica del General de Witt -orden militar nro.37-. Eso es algo que le excede. Recuérdese que dicha orden entendía prudente y seguro ordenar el confinamiento obligatorio de los japoneses y descendientes de japoneses en campos de detención. El juez Jackson, en su condición de juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, por el contrario, propone un razonamiento coherente e incuestionable. ¿Cuál es la viga maestra de ese razonamiento?

²⁸ Bustos AR, c Estado Nacional y Otro s/ Amparo -Fallos: 327:4495 (2006)-.

²⁹ Afirma Jackson: "...[once a judicial opinion rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all times has validated the principle".

Pues bien, Jackson afirma: “[... no es de mi incumbencia hacer un juicio militar sobre si el programa de evacuación y detención dispuesto resulta razonable”. Y advirtiendo las consecuencias que dicho fallo iba a tener, agudamente razona: “[... una interpretación judicial que avale esta orden como compatible con el debido proceso, implica un golpe a la libertad mayor que la orden misma. Cualquier decisión militar -sea o no sea inconstitucional- no dura más que la emergencia que la motiva... Sin embargo, una opinión judicial que interprete que la Constitución admite esta clase de orden, implica que el Tribunal ha convalidado para todos los tiempos el principio de la discriminación racial en el procedimiento criminal para los ciudadanos (Norte)americanos. El principio, de tal suerte, queda como un arma cargada, lista para ser usada por la autoridad cada vez que encuentre una razón plausible que acredite la necesidad urgente”³⁰.

Por otro lado, más allá del análisis de un cuerpo sofisticado de doctrina judicial nacido desde los conflictos judiciales desatados durante el *New Deal*, resulta especialmente interesante detenerse en otro caso particular. Un caso emblemático de la Corte Suprema de los Estados Unidos de mediados del Siglo XX, donde el pensamiento del Juez Jackson vuelve a tener singular protagonismo. Me refiero al famoso caso de las ‘acerías’. En efecto, en otra situación especial de emergencia acaecida durante la guerra de Corea, se desató un conflicto laboral con huelgas en la industria que sostenían el esfuerzo bélico del país. Tomando en cuenta la ruptura en el diálogo entre la patronal y los sindicatos -con la cual había quedado amenazada la producción de equipamiento militar-, el presidente Harry Truman decidió intervenir directamente en el gerenciamiento de las acerías que suministraban la materia prima esencial para sostener la provisión de materiales a las FFAA³¹.

³⁰ Ver disenso de Jackson, *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-.

³¹ En alguna medida, en circunstancias de diversa naturaleza y sin que hubiere controversia judicial, los elementos normativos relevantes de este caso guardan semejanza con algunos presupuestos de racionalidad expresados en la decisión del PEN –DNU 260/2020 y la decisión del Ministerio de Salud de fecha 25/3/2020. Me refiero al decreto que estableció el ASPO y a la

Sin que hubiere habido una declaración formal de guerra -aunque constatada la situación como ‘emergencia’ en virtud de la Taft-Hartley Act-, en ‘Youngstown Sheet & Tube Co v Sawyer’, en un fallo dividido (5-4), la Corte Suprema de los EEUU termina convalidando la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva del Presidente Truman que decide la intervención directo del gobierno en la industria³². Es importante notar, empero, que la opinión y el voto mayoritario hecho por el Juez Hugo Black, de algún modo, han quedado soslayados por la claridad conceptual que exhiben los argumentos en concurrencia del voto del Juez Jackson. Abarcando el análisis normativo tanto de las competencias cuestionadas como de los derechos involucrados, en esta célebre opinión, Jackson desarrolla un estándar confiable de evaluación constitucional que permite de antemano discernir qué, cuándo y cómo -el Presidente-, puede decidir medidas extraordinarias de ‘emergencia’.

Vale decir, su razonamiento viene a dar claridad a la pregunta sobre cuándo la ‘deferencia’ o la ‘auto-restricción’ de la Corte Suprema debe estar justificada en función de un esquema orgánico contingente de relaciones entre las tres ramas del Estado. Y en mi opinión, esto me parece muy acertado. Es más, retomando la atinada observación de Gargarella –alineada con el segundo enunciado esencial en este texto-, esta referencia muestra cómo el correcto funcionamiento “la sala de máquinas” es la clave de bóveda para la correcta vigilancia constitucional de los mecanismos institucionales de emergencia. En otras palabras, en vez de quedarnos a debatir sobre el debilitamiento de los derechos’ mirando exclusivamente su naturaleza específica, es más sensato reflexionar sobre cómo - en los sótanos del Poder-, todos los órganos superiores del Estado involucrados deben ajustar su comportamiento y mecanismo de control durante una ‘emergencia’. Es inteligente revisar los mecanismos ‘inter-órganos’ que permiten

decisión que prácticamente ‘interviene’ la producción, la comercialización la distribución de los respiradores que las empresas Leisitung y Tecme producen en Córdoba.

³² 343 U.S. 579 (1952).

definir la latitud, cómo y cuándo deben ponderarse las condiciones operativas que vuelven admisible el ejercicio legítimo del poder de policía en emergencia³³.

En resumidas cuentas, el estándar interpretativo elaborado por el *Justice* Robert Jackson es interesante porque ofrece un estándar basado en un modelo tripartido de creciente rigurosidad en el celo interpretativo de parte de los jueces según sea la estirpe del caso bajo examen. El mismo se puede resumir del siguiente modo:

1. Zona de auto-restricción: opera cuando esté involucrada una facultad constitucional privativa del Poder Ejecutivo y existe además expresa autorización por parte del Congreso (el Poder más político y legítimo). En tal hipótesis, entonces, existe plena presunción de constitucionalidad. Y por lo tanto, es justificable la máxima 'deferencia' posible de parte de los jueces.

2. Zona de penumbra: opera cuando esté involucrada alguna facultad explícita o tácita del Poder Ejecutivo pero no hay autorización expresa del congreso. En tal caso, la presunción de constitucionalidad es menor y por lo tanto debe mediar un 'escrutinio intermedio'.

3. Zona de reticencia: opera cuando no se encuentren involucrados poderes privativos y ello sucede mientras existe una expresa o tácita negativa del Congreso a convalidar determinados poderes de emergencia. En esta alternativa, corresponde asumir una 'presunción de inconstitucionalidad', lo que trae consigo el 'máximo rigor o estrictez' en el escrutinio de parte de los jueces.

1) En caso de emergencia: rompa el vidrio

³³ Ver GARGARELLA, Roberto, "El Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas", en RIBERI, Pablo (Coord.), *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, Rubinzal Culzoni, 2019, pp. 95-121. Asimismo, GARGARELLA, Roberto, "Latin American Constitutionalism and the Engine Room of the Constitution", in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, Nomos-Facultas, 2014, pp. 97-115.

Cualquiera sea la naturaleza de los hechos, los eventos extraordinarios que precipitan un conjunto de decisiones de emergencia, en países como la Argentina, deben propiciar reflexiones adicionales. Muchas de estas medidas, muy a menudo, vienen a potenciar lo que suele denominarse como “emergencias auto-infligidas”. ¿Qué significa esto? Pues, bien, significa que el incremento de poderes del Poder ejecutivo a raíz de la emergencia, en rigor de verdad, es la causa eficiente de malas políticas públicas que provocan emergencias cada vez más agudas, por las cuales el Poder Ejecutivo reclama nuevos y mayores poderes de emergencia para corregir sus propios desaciertos. Vale decir, el remedio parece peor que la enfermedad. Utilizando la expresión de Ernesto Garzón Valdés, entonces, sería importante evitar que una *catástrofe* como la actual pandemia no termine convirtiéndose en una *calamidad*³⁴. Las catástrofes representan hechos de la naturaleza en tanto que las calamidades son producto de la agencia humana.

Los mecanismos constitucionales de emergencia deben reunir dos características bien precisas. En primer lugar, deben interpretar la previsión del legislador constitucional que ha querido adaptar y dotar al aparato del Estado con herramientas extraordinarias que solo pueden implementarse en excepcionales circunstancias difíciles. Pero por otro lado, estos deben dar testimonio de la firme intención de los poderes constituidos en querer preservar los valores, los principios y las reglas de la Constitución. Naturalmente, esto es así aun en esos tiempos extraordinarios. Esta idea, es la que permite comprender la dimensión normativa del concepto de ‘emergencia’ por oposición al concepto empírico de la ‘excepción’. En consecuencia, en aras del bienestar futuro de la comunidad, resulta razonable que, durante épocas dominadas por una situación extraordinaria de emergencia, la potencia de las libertades civiles, pueda temporalmente encontrarse enervadas y/o sobre-reguladas por límites y regulaciones que, de todos modos, deben mostrarse razonables.

³⁴ Ver GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2009.

Lamentablemente, empero, pareciera que en el país solo la primera intuición del párrafo anterior es valorada. Habitualmente se desprecia a la segunda. Luego, para evitar este dislate, sería importante advertir algunas notas relevantes complementarias. Me interesa subrayar cómo una necesaria mirada normativa-procedimental permite evaluar las emergencias dentro de parámetros teórico-políticos de constitucionalidad. Una mirada que no puede perder de vista condiciones empíricas de viabilidad aunque inscriptas dentro de un marco normativo de principios y objetivos constitucionales. Vale decir, entender por *default* la emergencia y la actuación de los poderes constituidos dentro de un único sistema constitucional que se auto-preserva.

Atento lo expuesto, entonces, me interesa subrayar los siguientes elementos:

1. Que, si bien es cierto que en las mayorías de los órdenes constitucionales admiten la delegación circunstancial de competencias al Poder Ejecutivo, es pleno, sin embargo, que la legalidad y permanencia de tales cesiones debe estar subordinada a condiciones y/o mecanismos de control siempre específicos.

2. Dado el hecho señalado precedentemente, es también un dato acreditado que la regulación constitucional de tales delegaciones nunca puede admitir que va a ser el mismo poder receptor de mayores poderes/competencias quien unilateralmente va a decidir y/o determinar la oportunidad, la duración y la latitud de cada delegación.

3. Finalmente, si bien es cierto que puede haber protecciones especiales o mecanismos precisos de limitación de responsabilidad política, administrativa y/o jurídica para funcionarios involucrados, de ello no se sigue que las emergencias puedan interpretarse como un pasaporte de impunidad para que el Poder Ejecutivo no tenga que dar cuenta sobre sus actos. El temor y/o la certeza sobre la eventual 'rendición de cuenta', por cierto, se perciben como verosímiles y oportunos incentivos para contener excesos.

En fallo ya aludido, el juez Jackson de la Suprema Corte de los Estados Unidos escribió: “*con todos sus defectos, demoras e inconvenientes, los hombres no han encontrado una técnica mejor para preservar un gobierno libre que aquella que somete al Poder Ejecutivo a la Ley; y ello exige que la ley tenga que surgir de la deliberación parlamentaria*”³⁵. Desde el punto de vista republicano, compartiendo esta lectura, subrayo la centralidad del equilibrio poderes. No puede haber autogobierno ni reaseguro para la libertad y para la igualdad si política y los órganos deliberativos específicos se desentienden de la realidad.

V. Epílogo

En síntesis, me parece esencial la distinción entre ‘emergencia’ y ‘excepción’. Es importante notar que la emergencia no puede ser utilizada para impugnar o acabar con la misma Constitución que habilita tales potestades extraordinarias. Es un absurdo que la conclusión de un silogismo normativa pueda convertirse en un mecanismo retórico que permite acabar con alguna de las premisas que lo sostienen. Me refiero a que toda emergencia, en las posibilidades deónticas que su texto pudiera ofrecer o, directamente, sobre la habilitación que por vía interpretativa pudiera intentar el órgano competente, pueda ser la clave para abrir un rango de posibilidades competenciales ilimitadas. Schauer tiene razón: “*La existencia de un intérprete con poderes restringidos es una consecuencia derivada de la misma idea de regla o de un sistema de reglas*”³⁶. Si las reglas de la emergencia permiten ampliar poderes y/o restringir excepcionalmente derechos, está claro también, la latitud y duración de tales eventos deben verse interpretadas en consonancia a las claves constitucionales que autorizan el remedio.

En claves republicanas, por lo tanto, resulta esencial saber que la protección de los derechos constitucionales -en todo momento: dentro o fuera de

³⁵ De nuevo, ver ‘*Youngstown Sheet & Co v Sawyer*’, 343 U.S. 579 (1952).

³⁶ Ver SCHAUER, Frederick, *Las Reglas en Juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 293.

la emergencia-, debe siempre estar fraguada en condiciones de libertad positiva; debe necesariamente subordinarse al imperio de la Ley y debe inexorablemente respetar el principio de 'no-dominación'. Sería bueno aprender de la experiencia propia y de las lecciones del Derecho Constitucional comparado. Sería importante situar nuevamente al Parlamento en el centro de la figura de nuestro diseño constitucional. Porque temiendo la furia de cualquier Leviatán, si así no fuere, no nos quedaría más remedio que apostar al ingenuo optimismo que insinúa Hobbes en *De Cive*. Con reverente laconismo este autor nos susurra (que): "...[por cuando quien tenga fuerza suficiente para proteger a todos, (esperemos) ... no tenga el deseo de oprimirlos a todos]"³⁷.

³⁷ HOBBS, Thomas, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 2014, p. 145