

MUNDO INFELIZ¹

RAÚL GUSTAVO FERREYRA²

Universidad de Buenos Aires - Argentina

I

La peste causa una desgracia. Con su infección apena a los seres humanos en sus espacios. En muy poco tiempo el dolor de la pandemia se cuenta a escala global. Más de 6.000.000 de infectados y cerca de 370.000 muertes en todo el mundo, al 31 de mayo de 2020. Los números crecen tan rápido que es imposible actualizarlos al ritmo de la escritura.

Desde tiempo inmemorial la humanidad ha debido enfrentar infecciones generalizadas. En muchas oportunidades, diferentes microorganismos provocaron contagios masivos de las poblaciones. A título de ejemplo, en los últimos 700 años se citan diversos agentes: la peste negra, la viruela, el cólera, la fiebre amarilla, la gripe española, la gripe asiática, la gripe de Hong Kong, la gripe porcina, el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS), el ébola, el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Así, los humanos han debido enfrentar

¹ Al lector: Confiamos en los recuerdos. La imprecisión habitual no quita entidad ni deja de ilustrar el inherente valor de verdad que podrían poseer para las razones y para las emociones de cada individuo. Aquí, una reminiscencia correspondería a la oración de Miranda: “¡Oh, maravilla! ¡Qué agradables criaturas y cuántas hay aquí! ¡Bella es la humanidad! ¡Hermoso mundo nuevo, en el que hay tales gentes!”. V. SHAKESPEARE, William: *La tempestad*, Acto V, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 167.

² Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la UBA. Posdoctor en Derecho.

nuevas enfermedades. En paralelo, han buscado aliviar sus males y reducir o eliminar la mortalidad, cuya evidencia devastadora se comprueba en los resultados trágicos ocasionados por las plagas citadas. Quizá la contagiosidad del Covid-19 se haya potenciado a la enésima, en comparación con otros momentos virales de la historia, por la circunstancia de la inmensa movilidad de que disponen los individuos en la actualidad.

La chispa viral, aparentemente, se produjo en China hacia fines del 2019. Se expande por el mundo con una velocidad de propagación, en ocasiones, superior a las propias habilidades para comprender sus causas. No se sabe ni se sabrá con seguridad la etiología exacta del mal ni de su contagio; acaso haya sido consecuencia “natural” de un descuido “natural”, pero las frágiles bases de certidumbre en el frágil inventario que se posee al escribir este texto sugieren que la génesis de la infección sucedió en China. La comprobación del origen o principio del mal acusará la configuración de una sola argumentación: las tareas que se fijarán para que no vuelva a repetirse. Lamentablemente, siempre existirá un tesoro donde los secretos, cifrados o no, permanecen ocultos.

La humanidad, acrecentada en el siglo XXI por la revolución tecnológica, asiste con miedo, esa tristeza inconstante nacida también de la imagen de una cosa dudosa³, a la propagación del mal. Porque aunque “morir es tan sólo una forma particularmente exacta de envejecer”⁴, los seres humanos temen a la fatalidad del perecimiento, el final terminal y absoluto de la existencia con vida anímica y material. Una peste que tiene un momento probable de nacimiento, pero no de caducidad ni –para ser más precisos– de control o erradicación. Las ciencias, por ahora, carecen de vacuna y de un tratamiento que mitigue o erradique la cabeza de la serpiente maligna.

El virus recorre el mundo. Si bien no reconoce clases ni estratos sociales, afecta cruelmente a los excluidos, grupo integrado por los ciudadanos pobres y los vulnerables. El virus no es un fantasma. En verdad,

³ SPINOZA, Baruch: *ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000, p. 140.

⁴ BARICCO, Alessandro: *Mr Gwyn*, Madrid, Anagrama, 2012, p. 62.

provoca un “malestar” real, concreto. El virus no discrimina; los seres humanos sí. Entre las líneas sin escribir, todavía, el mal del coronavirus carece de vacuna, pero ha *pandemizado* a la humanidad entera.

Mientras no se encuentre la sanación efectiva e inmediata, con tristeza, se mantendrán las proyecciones sobre la enfermedad y las tasas de morbilidad a escala global. Se arguye que la enfermedad viral no se encuentra en los libros de Medicina ni de Psicología. Sin embargo, antes de que la peste desencadenara la desgracia y el estado de malestar, existieron contribuciones científicas que, con rasgos anticipatorios, no fueron atendidas debidamente.

Desde la literatura, varios autores realizaron contribuciones respecto de la verdadera “desgracia natural” que comporta una contaminación viral que abarca a casi el mundo entero. Daniel Defoe (*Diario del año de la peste*) en el siglo XVIII; en el XIX, Alessandro Manzoni (*Los novios*) y Albert Camus (*La peste*); en el XX, Gabriel García Márquez (*El amor en los tiempos del cólera*) y José Saramago (*Ensayo sobre la ceguera*).

Aquí, en este texto, prefiero acudir a la idea de “desgracia” para comprender la fatalidad y el tambaleo de los sistemas políticos, culturales, biológicos, ambientales y económicos⁵ de toda comunidad. Una desgracia. Una sucesión continúa de hechos virales que producen una pena, un dolor. Siempre con una víctima humana. La división del mundo en “naturaleza” y “sociedad”, antojadiza pero división al fin, postula que aquello natural es lo no hecho por el hombre (Dios o su reemplazante constituyente o cualquier instancia inapelable), mientras que la sociedad es aquello hecho por el hombre. Entonces, ¿la pandemia del Covid-19 sería una desgracia “natural” o “social”?

Sé muy bien e intuyo que en la Biología y en la Medicina se discute sobre la propia “entidad”, específicamente, la ontología de los virus, ya sea como seres vivos o si constituyen una forma de vida autónoma. Sin ingresar en esa discusión ontológica, porque carezco de dientes para morder doctamente esa fruta, me pregunto en voz alta: ¿los virus son “naturales” o son “sociales”? Evidentemente, los virus se encuentran

⁵ BUNGE, Mario: *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 138.

en el mundo natural, nunca fuera de él, en la inteligencia de que el ser humano integra, por derecho propio, la naturaleza⁶. Esta afirmación contiene, además, una crítica demoledora hacia todas las personas que en pleno siglo XXI, por la vía de la destrucción, contaminación y degradación ambiental, hacen todo cuanto se encuentra a su alcance para aniquilar los elementos naturales.

Antes de que se desencadenase la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se encontraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para agravar la situación de los excluidos del reparto. En toda la historia de la humanidad, la exclusión injusta de los individuos y grupos vulnerables y marginados resulta una patética constancia existencial. Si la fuerza de la ciudadanía de una comunidad determinada se midiese por el bienestar de los menos afortunados o con mayores desventajas (Preámbulo maravilloso de la Constitución de Suiza), el estado de malestar instituiría una situación prevaleciente.

La desgracia causada por la peste ha aumentado exponencialmente la exclusión. Quienes se encontraban excluidos carecen de un sistema de salud racional que les ofrezca contención y sanación. Además, la propia peste ha astillado los cimientos de la circulación de bienes, servicios y la generación de riqueza yacente o por crearse.

Las ciencias enfrentan desafíos enormes y poseen un rol maestro en la diligencia del malestar causado. Porque deben aconsejar, dentro de los límites conjeturales y por ello siempre refutables de sus definiciones, todo aquello que deba y pueda hacerse, incluso todo aquello que no debería hacerse pero que, dado el drama vigente, podría hacerse para aliviar el desarrollo del mal.

⁶ Sigo, incipientemente, la tesis de Baruch Spinoza: “Cada uno existe por derecho supremo de la naturaleza y, en consecuencia, por supremo derecho de la naturaleza cada uno hace aquellas cosas que se siguen de la necesidad de su naturaleza. Así, pues, en virtud de un supremo derecho de la naturaleza cada uno juzga qué es bueno y qué es malo, y provee a su utilidad según su propio ingenio y se venga, y se esfuerza en conservar lo que ama y en destruir lo que odia. Y, si los hombres vivieran según la guía de la razón, cada uno gozaría de este derecho sin daño alguno de otro”. V. *ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000, p. 209.

La desgracia ha demostrado, en poco tiempo y en muchos espacios, que no existe una sola respuesta para atacar una amenaza feroz, enorme y desconocida como esta pandemia conjugada por el Covid-19. El cuidado de la existencia con vida y dignidad de los seres humanos constituye la regla fundamental para impedir la catástrofe humanitaria. Como consecuencia, muchos Estados y ciudades dispusieron el cierre de sus fronteras⁷. Así, hombres y mujeres han dejado de reunirse en sus trabajos, con sus amistades, con sus familias. La separación –mal apodada “aislamiento social”– y los bloqueos hegemónicos se han instalado, transitoriamente, e inhiben el contacto con el otro y desde luego prohíben el calor de un cuerpo, la ternura del trato o la costumbre de las reuniones⁸.

II

La peste produjo, además, otro episodio inédito: el hecho de que las Leyes fundamentales de los Estados no han contemplado, ni calculado, ni programado en sus letras prescriptivas la tipicidad de una desgracia natural, como la narrada. La ciudadanía nace y se desarrolla con la presencia de otros seres humanos, con quienes se ha de acordar un “método” para producir una regla, llamada “Constitución”, que constituya el fundamento para ordenar las existencias en paz de una comunidad determinada. Un “método” que oriente la elaboración y el cambio de patrones generales para “guía de las acciones” que deben o pueden ser realizadas y su consecuente evaluación.

La comprensión ontológica del mundo que recojo como estatuto en este escrito supone que las leyes naturales se encuentran, en general, más allá del control absoluto de los seres humanos. Las cosas físicas, desde los átomos hasta las galaxias, no poseen controles terminales y decisivos. En cambio, todos los artefactos y organismos –y sólo ellos– requieren controles. Los organismos necesitan controles para mantener

⁷ Bernd MARQUARDT, en su ensayo “Los peligros del virus de la nazificación anti-constitucional”, ha cuestionado las reglas de bloqueo y limitación de los derechos fundamentales que llevarían, a su juicio, al ascenso de las “coronadic-taruras”. V. <https://bit.ly/3ffejMh>.

⁸ CAMUS, Albert: *La peste*, en *Obras*, Madrid, Alianza, vol. II, 2014, p. 569.

su ambiente interior. Ergo, los sistemas sociales también precisan controles para conjurar, evitar o reducir las cuestiones que se suscitan como natural consecuencia de la restricción de intereses o apetencias individuales generadas en la construcción, el mantenimiento o el cambio de la comunidad. La Constitución es pura invención humana. Un instrumento que permite acercarse a la idea de la ordenación de las coexistencias en paz entre las concepciones políticas en pugna, porque su institución pretende dar por terminada la lucha de todos contra todos⁹.

En 1895 el inglés H. G. Wells “inventó” una máquina del tiempo. Su gran descubrimiento –en la más imaginativa de las narrativas– fue permitir el movimiento en el tiempo. Las Constituciones, elementos sumamente sofisticados, son o deberían ser una suerte de instrumentos que permitan a las generaciones dialogar entre sí. Que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Así, la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La Constitución, máquina del tiempo, es pura invención humana que autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada. El instrumento permitió y permite a los hombres alcanzar y disfrutar todo aquello que, por y con su individual energía, no lograrían. Ellas son capaces de producir un poder organizacional superior al individuado en cada ciudadano/a. Las Constituciones, el acto instituyente más relevante de una ciudadanía, definen y ordenan una fuerza con racionalidad y dirección.

Las Constituciones de América del Sud no determinan, en general, los alcances y las consecuencias de una peste. Una indeterminación provocada, quizá, porque las pestes configuran una desgracia natural y los “estados de excepción, o de defensa o de emergencia constitucional”

⁹ RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 110.

son calculados por los poderes constituyentes, en el 99 % de los casos, como resultados de hechos sociales.

Ahora bien, una rápida visita al Derecho constitucional comparado indica que la Constitución de la República Federativa de Brasil (CFRB)¹⁰, desde el artículo 21 (xviii), dispone que compete al Estado federal planear y promover una defensa permanente contra las *calamidades públicas*. Con mayor detalle normativo, en su artículo 136 determina lo siguiente:

El Presidente de la República puede, oídos el Consejo de la República y el Congreso de Defensa Nacional, decretar el estado de defensa para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por *calamidades naturales de grandes proporciones*. (énfasis agregado)

En el ámbito de la Constitución brasileña, al declararse el “estado de defensa”, se determinará el tiempo de su duración, se especificarán las áreas que serán abarcadas y se indicarán, en los términos y límites de la ley, las medidas coercitivas en vigor, por ejemplo: restricciones a los derechos, ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos, en el supuesto de calamidad pública. Tales determinaciones serán examinadas por el Congreso de la República, órgano que, en caso de rechazar el decreto, hará cesar inmediatamente el estado de defensa por la calamidad pública.¹¹

La Argentina, desde 1853, dispone de la maquinaria constitucional más antigua en vigencia de América del Sud. Una máquina que ha tenido rupturas, incumplimientos de sus previsiones y vacilaciones en su funcionamiento. La Constitución federal de la Argentina (CFA)

¹⁰ Sobre el art. 21 (xviii) de la CFRB se puede leer el comentario de Fernanda Dias Menezes de Almeida en la obra colectiva *Comentários à Constituição do Brasil*, coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, José Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, San Pablo, Saraiva, 2014, p. 734 y ss. En la misma obra, los arts. 136 a 141 son comentados por Walter Claudius Rothenburg en las pp. 1562 a 1579.

¹¹ También pueden verse los “empréstitos compulsorios” y los “créditos extraordinarios”, con motivo de la calamidad pública, reglados en los arts. 148, ap. I, y 167, § 3, respectivamente, de la CFRB.

solamente fue objeto de reformas en seis momentos constituyentes: 1860, 1866, 1898, 1949¹², 1957 y 1994.

A partir del último cambio constituyente producido el 22 de agosto de 1994, la República Argentina, por el juego mágico de la regla de la conglobación decidida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, confirió jerarquía constitucional a once instrumentos¹³ del Derecho internacional. Este conjunto ensalza un fabuloso grupo de derechos, bienes y deberes fundamentales que, en las condiciones de su vigencia,

¹² La reforma de 1949 instituyó un “plan maestro sobre determinada idea de justicia social”, el cual incluyó un gran menú de derechos sociales, pero mantuvo incólume el absolutismo presidencial. El 27 de abril de 1956, la dictadura militar “en ejercicio de sus poderes revolucionarios”, por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955 (art. 1). La reforma constitucional de 1949 intentó ser borrada del imaginario jurídico y político, con la misma impropiedad que la que podrían aplicar o asumir las tareas de los seres humanos para borrar o anular la vejez de la materia o la propia expansión del Universo.

¹³ “Art. 75: Corresponde al Congreso... Inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

deben entenderse “complementarios” de los reconocidos por la CFA en sus principios y reglas permanentes. Según pasan los años se han jerarquizado constitucionalmente otros tres instrumentos¹⁴. En la actualidad, gracias a la ventana abierta por el artículo 75, inciso 22, los derechos, bienes y deberes fundamentales, detalladamente descritos en cada uno de esos catorce instrumentos internacionales, no se incorporan al tejido de la Constitución; integran con ella, en condiciones de semejante igualdad normativa, el sistema de la Constitución federal (en adelante, SCFA).

En el ámbito de la CFA no hay referencias normativas sobre la desgracia natural o la calamidad pública causada por una peste. Ahora bien, al acudir al SCFA, sí se distinguen determinaciones normativas al respecto: en el artículo xxxiv de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 6, inciso 3, apartado c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 8.3.c.iii del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, por la propia naturaleza de tales reglas sobre “deberes fundamentales” de las personas en caso de calamidad pública, en ningún caso, se refieren al desarrollo de las competencias de los poderes constituidos del Estado frente a una peste.

En definitiva, por tratarse de un desgraciado hecho natural unido a la propiedad anticuada de la CFA, ella no contiene enunciados normativos como la CFRB. A igual conclusión es posible arribar, incluso, al conglobarse la interpretación jurídica y acudir al SCFA, porque, repito, tampoco existen reglas jurídicas en las que anclar un pensamiento para decidir las competencias de los poderes constituidos.

Ciertamente, el SCFA posee “garantías” que la Ley fundamental se ofrece a sí misma para asegurar, en su primacía y jerarquía, dentro del ordenamiento jurídico estatal. En una tesis anunciada en el 2001, que mantengo desarrollada, las he apodado “garantías del Derecho de la

¹⁴ La ley 24.820 (1997) otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La ley 25.778 (2003) otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. La ley 27.044 (2014) dispuso otorgar jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU).

Constitución”¹⁵. Dentro de este menú, específicamente, la declaración del Estado de sitio se ofrecería como única garantía que, por su relativa especificidad, podría haberse adjudicado. El artículo 23 de la CFA dispone:

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Sin embargo, la peste es un hecho natural y no un hecho del hombre, como son la conmoción interior o el ataque exterior. Además, el Covid-19 no colocó ni coloca hasta el momento en jaque el ejercicio de la Ley fundamental, ni en peligro a las autoridades creadas por ella. Frente a este encuadre, en la inteligencia de que la forma republicana asumida para el gobierno de la Argentina (art. 1) exige la “racionalidad” (art. 28) para todos los actos de todos los poderes del Estado, constituidos o constituyentes, jamás se podría declarar el Estado de sitio.

El 3 de marzo del 2020 el Ministerio de Salud de la República anunció el primer caso de coronavirus. El 19 de marzo, el Presidente de la República dictó un “decreto por razones de necesidad y urgencia”, número 297 (DNU)¹⁶. Precisamente, en el artículo 1 de este instrumento de semejanza legislativa se determinó lo siguiente:

¹⁵ V. FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 131.

¹⁶ Los DNU producen una actividad semejante a la legislativa, aunque sin deliberación. Obviamente, la tarea de legislación se halla reservada, por la Constitución, al Congreso de la República. La concesión de esta atribución para que el Poder Ejecutivo pueda “legislar”, con algunas materias prohibidas, tiene entidad para desmadrar por completo cualquier teoría sobre la separación de funciones gubernativas. Los DNU se encuentran encajados en la CFA en su art. 99, inc. 3, desde 1994. El mal se ha profundizado con la reglamentación del instituto por intermedio de la ley 26.122. Así, estos instrumentos tenebrosos del debate público sólo dejan de existir con el rechazo conjunto de la Cámara

A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” [ASPO] en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.

Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS-COVID 19.

La decisión presidencial ha tenido, desde entonces, sucesivas prórrogas, las cuales han abierto algunas actividades, aunque el núcleo de la determinación, el ASPO, se halla casi incólume, con la misma significación descrita al menos hasta el 28 de junio de 2020. La amenaza desatada por la peste indujo el cuadro descrito. Asimismo, el Poder Judicial ha implementado una feria que configura casi una completa inactividad. El Congreso de la República ha comenzado, con serenidad, sus sesiones por vía telemática.

Las medidas adoptadas para controlar la pandemia han acentuado las diligencias del Presidente de la República. Desde el comienzo de la peste, el Poder Ejecutivo ha lanzado cerca de treinta decretos por razones de necesidad y urgencia¹⁷. Debe adicionarse a eso alrededor de tres decretos delegados, que al igual que los DNU participan del rango legislativo. La intensa producción de rango legislativo debe ser analizada con detenimiento y profundidad. Repárese que desde el 2006, momento en que se constituyó la Comisión Bicameral permanente de Trámite Legislativo, nunca un DNU ha sido objeto de rechazo congresual.

de Diputados y de la Cámara de Senadores, cuando el sentido común indica que debería bastar con el rechazo de solamente una de las Cámaras congresuales para eliminar la patología de los DNU o especie semejante del orden jurídico del Estado.

¹⁷ V. CAVALLINI VIALE, Delfina M. y FERREYRA, Leandro E. “Cincuenta decretos de Alberto Fernández”, en *Palabras del Derecho*, 15/5/2020, en <https://bit.ly/3cWhBCE>.

Sucintamente, en tiempos sin peste la hegemonía política y jurídica del Poder Ejecutivo es evidente y arrolladora; no corresponde decir cuáles han de ser las consecuencias en los tiempos de la peste, queda para representación del lector para el caso de que los controles congresuales fuesen débiles o inexistentes.

La decisión asumida por el Poder Ejecutivo, en la Argentina, no era ni es sencilla. Se ha descrito que el SCFA no dispone de enunciados concretos para contener a la peste. El ASPO de las individualidades personales pareciera configurar la única herramienta para mitigar la propagación del mal. Sin embargo, no puede dejar de computarse que en la Argentina el 40 % de su población de casi 45.000.000 de habitantes se encuentra sumergida en la pobreza. Otro grupo notable de habitantes integra el contingente de vulnerables. Unos y otros, los desposeídos, son los excluidos de los beneficios del reparto de bienes y servicios, quienes resultan castigados por la inclemencia de la injusticia social. Naturalmente, a todo ello, sin dudas, debe añadirse una monumental deuda pública contraída y en gran parte imposible de pagar, que muestra a la Argentina casi en cesación de pagos. Una deuda contraída, en buena parte, contra las determinaciones del SCFA, cuyo monto supera los 300.000 mil millones de dólares y se cierne acuciante sobre la misma producción de riqueza.

La economía y las finanzas del país están derrumbadas. También lo están el empleo y la producción. Por millonésima vez, hay que consensuar un programa de reconstrucción global que, con justicia social, concrete la consigna de que “gobernar es igualar”¹⁸. La desigualdad creciente en la Argentina, donde más del 60 % de su población es pobre o vulnerable, exhibe la existencia de dos mundos: una ciudadanía política y una ciudadanía social; un cuadro que la pandemia ha precipitado y empeorado a niveles desesperantes. Los excluidos, pobres y vulnerables, no disfrutan y no podrían disfrutar, con el actual estado de cosas constitucional, de una ciudadanía plena de justicia social. Un progreso con justicia social se presenta como misión fundamental del Estado, aunque para ello se debería edificar un momento

¹⁸ FERREYRA, Raúl Gustavo: “Gobernar es igualar. Isonomía, igualdad de oportunidades y justicia social en la Argentina”, Madrid, *Revista de Derecho Político*, n° 99, mayo-agosto de 2017, pp. 435-473.

constituyente y celebrar la reforma constitucional. Mientras no se produzca un reparto más igual de los bienes que se deben a la naturaleza, a los negocios o a la industria, la reducción del dualismo en los grados de la ciudadanía deberá ser propiciada con múltiples energías. La lengua de las escrituras laicas será mejor comprendida solamente por aquellos que conozcan los beneficios de una ciudadanía completa y conozcan todas sus luces.

III

El bloqueo de las fronteras de los Estados y el ASPO han sido las medidas básicas para controlar la expansión de la peste. Tales medidas, en particular el ASPO, hacen que el ejercicio y la tutela de la ciudadanía, precisamente, se desarrollen con la realización cotidiana y restringida, limitada en tiempo y espacio, de derechos de libertad, civiles y sociales básicos. Se trata, en rigor, de una circunstancia inimaginable, irrepresentable, durísima para la salud física y mental de todo individuo y la consecuente legitimación del orden jurídico constituyente del Estado en el que desenvuelve su ciudadanía. Que no quede otro camino para proteger la vida termina constituyendo otro encierro más.

La desgracia natural desencadenada por la pandemia afecta al mundo entero. Sin embargo, los conjurados para acabar con ella, los gobernantes de cada país, no actúan globalmente. Cada gobierno de cada Estado instrumenta su propia política. En las letras anteriores he descrito sucintamente la situación en la Argentina.

Se han destacado varios modelos con diferentes grados de apertura. Así, hay un modelo de Corea del Sur, uno alemán, uno chino, uno inglés, uno italiano y otro español. Por su parte, Estados Unidos y Brasil, cuyos presidentes son un antiparadigma de la democracia por su irracionalidad política y el desprecio de alteridad, muestran los números más altos de contagios y de muertes; en estos países, originalmente, sus líderes providenciales adoptaron medidas negacionistas del mal.

Al correr de estas letras, la peste no tiene ni vacunas ni letanías. El balance, cuando culmine la propagación y el contagio, demostrará la debilidad, en unos casos, y la fortaleza, en otros, de las políticas estatales en materia de salud, más allá de las suertes en la contaminación.

Todavía no se pueden conjeturar los resultados; empero, por enésima vez, una plaga ha tomado por sorpresa a la humanidad entera y, sobre todo, a sus dirigentes políticos. Un golpe sorpresivo que se ha visto favorecido en países como la Argentina, por ejemplo, dado que en el período 2015-2019, las personas que asomaron electoralmente en el poder ejecutivo intentaron la pulverización del acceso y disfrute del derecho a la salud.

En este contexto, planteo que el ASPO de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal y el colapso del sistema sanitario: médicos, paramédicos e infraestructura ordinaria y de terapia intensiva. La discrecionalidad de los científicos no debe ser omnisciente ni omnipotente. Debe ser analizada y valorada con estricto celo. En la Argentina más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay un mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que ocasionará el aislamiento para la economía frágil y vulnerable de esas personas. Nunca será favorable. De cualquier modo, el encerramiento, que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales, significa el horizonte posible, incluso sin saber su fecha de finalización.

El planteo anterior también me obliga a escrutar sus contraindicaciones. En el seno de todo Estado constitucional existe la pulsión del Estado policial; por eso, el escrutinio riguroso de las medidas transitorias adoptadas por un poder concentrado, como es por definición el poder del presidente de una República, es un antídoto, nunca suficiente, para las tentaciones autocráticas. El ASPO, en su versión demostrada en la Argentina, instituye una cuarentena, “limitada” y “de excepción” de muchos derechos fundamentales, jamás su “suspensión”, extremo éste último que se verifica con el Estado de sitio. No distinguir que se trata, por ahora, de una limitación y no de una suspensión de un derecho fundamental constituiría el mismo error que no distinguir, en Psicología, el bienestar del malestar. De manera constante, todos los días, hay que realizar un escrutinio riguroso de los derechos fundamentales; por ahora, no han sido noqueados por el ASPO, cuya transitoriedad hace a su naturaleza jurídica excepcional; jamás, una regla para la coexistencia de las identidades plurales en paz de una comunidad.

En paralelo, la subjetividad de millones de individuos atraviesa una fase singular, inédita. Ahora es pronto para evaluar tan siquiera los datos de este encierro global de los individuos que integran las comunidades más diversas en los espacios más disímiles. Sin embargo, hay algo que se sabe: se ignora por completo el impacto que el ASPO provocará sobre la subjetividad, en especial, sobre la estructura sistémico-familiar, la célula fundamental del tejido social.

IV

El malestar que ha inyectado la peste demuestra inequívocamente la cotización del derecho a la salud. Porque corresponde decirlo: sin salud no hay existencia humana con dignidad. La CFA tiene más de 12.000 palabras y los catorce instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, más de 60.000 palabras. En la CFA, a la “salud” se la menciona en el artículo 42. En los instrumentos internacionales, aparece formulada normativamente más de treinta veces. Quizá la redacción más completa se reconoce en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Siempre se supo: la producción de las normas es indispensable, pero no suficiente. Tal grado de suficiencia se alcanza con un Estado comprometido, hasta el máximo de sus recursos, competencias y habilidades, con su realización efectiva.

El mantenimiento y desarrollo de una humanidad con existencia saludable, hoy más que nunca, depende de la ciencia y, especialmente, de los profesionales, expertos y trabajadores de la salud en todas sus áreas. La ciencia se desarrolla, con avances y retrocesos en el campo experimental y teórico, en función de proposiciones capitales que comprueba o rechaza, a veces en el mismo espacio y al mismo ritmo; a veces, contradictoriamente, también. En el tiempo de la peste global, cuya evitación y cura no se conoce con argumentos sustentables, todo pareciera indicar que las autoridades constitucionales de un Estado de Derecho deberían asumir el juicio de los científicos y expertos de la salud, en las condiciones celebradas. No hay ni debe existir espacio ni tiempo para la magia ni la mística. Los ciudadanos deben obedecer

a las autoridades constitucionales. Cumplir el deber laico, aunque se intuya que el cumplimiento de las normas constituyentes del Estado fuese un compromiso moral.

Aceptar el juicio de los científicos no es lo mismo que el absolutismo de las ciencias. Todo conocimiento es relativo y susceptible de ser superado por una nueva opinión. En todo Estado democrático, la decisión final, la última palabra, debe ser asumida por la autoridad constitucional. Mal que le pese al divino Platón, felizmente los filósofos no gobiernan en los Estados. Confieso un grano de verdad en el horizonte de proyección de otro postulado añadido a renglón seguido, dado que no es expectable que los gobernantes “filosofen de un modo genuino y adecuado” encaminado al fin de los males de los Estados¹⁹.

Las CFA expresa en sus escrituras el “deber de no dañar al otro”, básicamente, en su artículo 19²⁰. Una regla elementalísima que determina, por un lado, el mundo del Derecho y el ámbito de aquello que se apoda ajurídico. Además, determina, con claridad auténtica y transparente, el principio de legalidad que cimenta al Estado constitucional. Que las personas no se dañen entre ellas y los servidores públicos cumplan con sus deberes insinúa el criterio básico e indisputable para ordenar las coexistencias de cualquier comunidad. A su turno, el “ayudar a vivir” se arroja en el conglomerado de normas que gozan de jerarquía constitucional y se encuentran instrumentadas en el Derecho internacional de los derechos humanos. El deber de no dañar y el ayudar a vivir instituyen la constelación estelar para dar cobertura a la concepción de la salud como un derecho fundamental, universal, integral y público. Este derecho debería formar parte de una agenda de discusión, en todos los niveles –local, regional y estatal– para dirigirse con su proa hacia un “programa sudamericano” solidario, que conquiste y concite en grado sumo la prevención y el cuidado de la salud

¹⁹ PLATÓN: *República*, Libro V, parágrafo 473, d, Madrid, Gredos, 2010, p. 181.

²⁰ “Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

de todos y todas quienes habitan en el subcontinente. Para que otra pandemia no tome por sorpresa y sin vigilancia. Con responsabilidad hacia las generaciones futuras y la obligación que conlleva no descuidar la arquitectura del aparato psíquico.

V

La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no basta con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Un repertorio normativo fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie. Porque sin solidaridad no hay campo para contener el daño provocado por la desgracia natural de la peste inclemente.

La peste no plantea un dilema entre el derecho a la salud y los intereses económicos y financieros. La existencia con vida es el fundamento de todo el Derecho del Estado constitucional. No hay argumento o tesis que pueda capitalizarse frente a la protección y al sostén de la vida humana con dignidad. La vida es suprema. Tal supremacía no puede ni debe ser enjuiciada; allí donde principie una discusión sobre la primacía inalterable e inmarcesible de la vida humana se intentará su devaluación o entierro.

Cuando termine la desgracia, se encuentre la vacuna y se la distribuya y aplique como un “bien fundamental” de la humanidad, quedará expuesto con patetismo el drama de los excluidos del reparto. En el curso del drama, no dejo de pensar en la finísima ironía que describe el orgullo de la ciudadanía, en tanto para los pobres consiste en sostener y conservar a los ricos en su poder y en su ociosidad. Dentro de ese marco, tienen que trabajar por imperativo de la majestuosa igualdad de las leyes, que prohíben lo mismo al rico que al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar y robar un pedazo de pan²¹.

Los excluidos no poseen los recursos suficientes para cuidar su salud, recursos que sí tienen los incluidos. Estos privilegiados, además, cuentan con fuentes de ingresos, razonables y suficientes, para soportar

²¹ FRANCE, Anatole, *La azucena roja*, Buenos Aires, Sopena, 1954, p. 54.

la trama del malestar y sus consecuencias. Aquéllos solamente tienen su vida, la que se encuentra debilitada porque el pan cotidiano ha quedado, circunstancialmente, fuera de su alcance.

La crisis generada por la peste global demuestra que, en principio, sólo los países “muy desarrollados” –y hasta determinado punto– poseen infraestructura, conocimientos, personal profesional e instrumentos relativamente suficientes para enfrentar al “mal”. A menos de un lustro para que se produjese la tan anunciada y “anárquica singularidad” que exhibiría a la inteligencia artificial en semejantes condiciones a la “inteligencia humana”, se corrobora, también, que el principio de incertidumbre sigue regimiento el gobierno y comando de la existencia de los seres humanos individuados en sus comunidades. Ellos, en especial sus gobernantes, deberán comprender la importancia clave que poseen los estudios y las opiniones de los expertos en el cuidado y la planificación de la salud, un modelo determinante para devaluar o extirpar la injusta exclusión social.

El capitalismo económico y financiero, con sus sesgos mundiales y hegemonía excluyente, ha introducido un salvajismo que vulnera, empobrece y por eso excluye a la mayoría de los humanos. ¡Una verdadera e impiadosa infección! Por tanto, jugarse con decisión hacia un modelo de “sociedad inclusiva”, cobija una afirmación capital porque alienta el desarrollo humano sostenido y conglobado con el derecho a la vida individual y colectiva de la humanidad en el planeta²².

Con tono preocupado, ahora, al finalizar, llevo la lectura, nuevamente, al título del escrito. Pienso en contradecirlo. Por ejemplo, con una representación de la esperanza²³, esa alegría inconstante nacida de la imagen de una cosa futura o pretérita, de cuyo suceso dudamos. Una duda que se acrecienta, sin pesimismo, porque debo concluir que no existe programa político-constitucional ni protocolo científico que pueda comprender las complejidades de la existencia humana en su vida real, hasta nuevo aviso...

²² ZAFFARONI, E. Raúl: *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015, p. 122.

²³ SPINOZA, Baruch: *ética demostrada según el orden geométrico*, Trotta, Madrid, 2000, p. 140.

La búsqueda de la felicidad social es un camino eterno. Descreo de que pueda asimilar o construirse una concepción objetiva, según la cual la justicia de un orden jurídico colme con satisfacción a todos los individuos de la comunidad. La naturaleza no hace iguales a todos los individuos; en consecuencia, es una tarea del Derecho constitucional intentar determinada equidad para aliviar, despejar o pulverizar las diferencias y que todos y todas podamos acceder al disfrute de la vida y sus bienes fundamentales. Sin caer vertiginosamente en el relativismo ni apelar a ninguna metafísica, afirmo que la peste ha agudizado, en extremo, la patética, desdichada e injusta exclusión de los pobres y vulnerables en el mundo. Nunca es triste la verdad...²⁴

²⁴ Agradezco los comentarios de María Gracia Quiroga, Leandro E. Ferreyra, Enrique Javier Morales, Diego Dolabjian, Sebastián Toledo, César Domínguez, Mario Cámpora, Rodrigo Vissoto Junkes, Alfonso Celotto, Ricardo Rabino- vich-Berkman, Leandro Vergara, Cecilia Urquieta, Juan Ignacio Ferreyra, Diego Pinillos, Vanessa Pérez Rosales, Andrés Pérez Velasco, Guillermo Moreno, Pablo Cabral, Alejandro Amor y E. Raúl Zaffaroni.