

---

# LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

(A PROPÓSITO DE SU INSERCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO)

---

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 | Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 213-245  
Recibido: 16/8/2021 - Aceptado: 1/9/2021

**Resumen:** Este trabajo aborda la vinculación de las normas dictadas durante la pandemia desatada por el COVID-19 con la concepción y cometidos que debe cumplir todo Estado Social y Constitucional de Derecho, como el argentino. Para ello se traza una evolución de la noción del Estado moderno, a partir de la Revolución Francesa y según sus versiones: Liberal, Benefactor y Neoliberal, esencialmente, hasta llegar a la etapa actual signada por el reconocimiento y realización de los Derechos Humanos encomendada por las Constituciones de Posguerra a los Estados, dentro del contexto de la Globalización. Se analiza también la proporcionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante la emergencia sanitaria, a la luz de los postulados de la teoría de la argumentación y aun dentro de la propia doctrina de la Corte Suprema.

---

<sup>1</sup> Posdoctor en Derecho (UBA) y Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Especialista en Administración Financiera del Sector Público Nacional (UBA). Profesor Titular y Adjunto de grado y posgrado en las Universidades de Buenos Aires, del Salvador, de Belgrano y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Director Nacional de Dictámenes de la PTN.



**Palabras clave:** Estado Liberal, Estado de Bienestar, Crisis del Estado de Bienestar, Neoconstitucionalismo, Estado Social y Constitucional de Derecho, emergencia, teoría de la argumentación.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/2020, que amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia desatada por SARS-CoV-2 o COVID-19 y declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el día 11 de marzo de 2020, se han dictado varios DNU más, así como una pléyade de Decretos y Resoluciones que conforman lo que habremos de denominar como “plexo COVID-19”.

Todas estas medidas constituyen -o han constituido-, herramientas jurídicas para afrontar el flagelo sanitario.

En este trabajo nos proponemos estudiar la inserción del “plexo COVID-19” en el Estado Social y Constitucional de Derecho<sup>2</sup>. También habremos de analizar si los DNU dictados bajo la emergencia superan los test de razonabilidad y proporcionalidad exigidos para todos aquellos actos estatales que restringen derechos fundamentales.

Para cumplir con los objetivos propuestos consideramos necesario trazar un breve recorrido diacrónico por las distintas encarnaciones que presentó el Estado.

---

<sup>2</sup> La expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” presupone, según FERRAJOLI, la existencia de una constitución democrática, es decir, aquella que tiene como normas de reconocimiento la representación política y la división de poderes, la autonomía de la voluntad, la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales (*Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 1° edición, 2011, traducción de Juan Carlos Bayón Mohino, t. I, p. 844). Como no toda constitución es democrática, entendemos que la denominación correcta o suficiente de la estatalidad sobre la que centramos este trabajo sería la de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y sólo por una convención de lenguaje nos limitaremos a designar esa realidad como “Estado Social y Constitucional de Derecho”, dando por entendido que quedan fuera de ese modelo los Estados que carecen de constitución democrática.

## 2. EL ESTADO DE DERECHO LIBERAL

Sabemos que el Estado Moderno, tal cual lo concebimos actualmente<sup>3</sup>, tiene un punto de partida preciso: la Revolución Francesa. También conocemos que este hito fundamental en la historia de la Humanidad dio nacimiento al Derecho Administrativo, a través de las elaboraciones del Consejo de Estado.

¿Y qué ideas alumbraron al Estado de Derecho post revolucionario?

Por un lado, el iusnaturalismo racionalista, en especial Locke<sup>4</sup>, lo dotó de sustancialidad conformando aquello que conocemos como Estado de Derecho “liberal”.

Estas ideas aparecieron magníficamente sintetizadas en la “Declaración” y las garantías así consagradas tuvieron por premisa fijar límites al accionar del Estado evitando que éste turbara el goce de esos derechos que, de reconocerse como omnímodos para el soberano, pasaron a serlo para el individuo, incluso en las relaciones privadas.

Desde el punto de vista de la organización, la doctrina de Montesquieu<sup>5</sup> propuso una división de poderes con una consecuente asignación de funciones a cada uno de los órganos estatales. Esta técnica resultó coadyuvante para el respeto de la libertad y de los derechos individuales -especialmente la propiedad-, a los que se les asignó el carácter de absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Claro que esta evolución en el plano de las ideas tuvo un correlato sociopolítico pues, el triunfo revolucionario sobre el absolutismo,

---

<sup>3</sup> Se reconoce generalizadamente que, como expresión de una organización jurídico-política que vinculara a los habitantes con un territorio determinado –y aun cuando ciertos atisbos en tal sentido puedan encontrarse en las *polis* griegas y en las *civitas* romanas-, el Estado no resulta imaginable sino a partir de la expansión económica, acontecida durante el siglo XV, de varias ciudades italianas como Florencia, Venecia, Pisa, Nápoles, etc.

<sup>4</sup> LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 1ª edición, 2002, traducción de Cristina Piña, Capítulo II, ps. 9-17.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, “De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, ps. 106-128.

significó el ascenso de la burguesía como clase dominante y con el poder para plasmar el nuevo ordenamiento jurídico con ese contenido material, no sólo en la Constitución sino también en la codificación napoleónica.

El problema, y germen de tensiones a lo largo del siglo XIX, radicó en que este esquema entendía, dicotómicamente, que el derecho se daba o bien para el Estado, bajo la forma de Derecho Público o bien para el individuo, bajo la forma de Derecho Privado, pero nunca para la sociedad a la que se relegaba a la condición de tercero excluido en esta bipolaridad artificial.

El nuevo orden jurídico se asentó sobre los principios de la libertad, de la igualdad, y -sobremanera-, de la propiedad.

Las teorías económicas capitalistas -que se germinaron casi coetáneamente y postularon la superioridad de la iniciativa privada sobre la acción de gobierno-, terminaron de forjar este Estado de Derecho Liberal a lo largo de todo el siglo XIX.

Estas bases modelaron un elenco de “libertades negativas”, que hoy se conocen como “derechos de primera generación”, para cuyo favorecimiento era menester la actitud prescindente y pasiva del Estado pues sólo así se concebía posible el uso y goce de esos derechos por él reconocidos. Este Estado se limitó a fijar unas pocas reglas básicas para regir las relaciones entre los individuos e instaurar un régimen coercitivo para el caso de su quebrantamiento.

Fue, en rigor, la propiedad el principio que más se defendió para instaurar el orden económico capitalista y de libre mercado, dejando que la “mano invisible” *smithsoniana* ordenase la producción de los bienes y servicios en forma eficiente, resultando sólo los más aptos aquellos que lograsen un óptimo rendimiento y maximización de los recursos escasos que proveyesen la Economía.

Los códigos, esto es, cuerpos únicos, ordenados, sistemáticos, escritos en forma llana y accesible y con la pretensión de abarcar la totalidad de la regulación de todas las parcelas del Derecho constituyeron otro formidable instrumento de la revolución. Y fue en el *Code* donde se encontró el plexo normativo idóneo para proteger, esencialmente, a la propiedad.

El concepto de “Estado de Derecho”, *Rechtsstaat*, acuñado por varios juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX<sup>6</sup>, describió un tipo de organización estatal que, de consuno con los postulados de la Revolución Francesa, se desenvuelve de acuerdo a la ley y en sus relaciones con los administrados se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en la consecución de esos fines, predeterminando las vías y los medios que puede utilizar para lograrlos. Se distingue de su predecesor inmediato, el “Estado Policía” que se presenta como aquel en el que su actividad se halla *legalmente incondicionada* pues, a la inversa, su actuación está condicionada legalmente.

El Estado de Derecho, a nuestro modo de ver, vino a ser como la estructura de un edificio; sobre esas bases es que hubieron de construirse las orientaciones que pretendieron brindarse a un Estado. Así el Estado de Derecho fue liberal en su faz primigenia y puso más acento en la estructura que en su contenido que, mínimamente, se ocupó del individuo considerado aisladamente.

### **3. EL ESTADO DE DERECHO BENEFACTOR (WELFARE STATE) Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El Estado de Derecho Liberal representó, en rigor, una construcción superficial que escondía, a través de una escritura simbólica, una línea ideológica afín al mantenimiento del nuevo esquema de poder.

Este sistema político y jurídico preocupado por atender a la conducta de los individuos aisladamente considerados, sufrió en forma paulatina, pero constante, una deslegitimación que lo condujo a su crisis entre fines del siglo XIX y principios del XX, por diversos

---

<sup>6</sup> Robert VON MOHL en *Die Polizei-Wissenschaft* de 1832, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Plus Ultra, Buenos Aires, t. I, 2ª edición, 1976, p. 82. La noción describió un tipo de organización estatal que, de consuno con los postulados de la Revolución Francesa se desenvuelve de acuerdo a la ley y en sus relaciones con los administrados se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en la consecución de esos fines, predeterminando las vías y los medios que puede utilizar para lograrlos.

motivos. En efecto, la Revolución Industrial, iniciada en Gran Bretaña, potenció las desigualdades sociales, motivadas fundamentalmente por el incremento de la población, el excedente de mano de obra y la “sacralización” del contrato (que permitió maximizar ganancias, por ejemplo, a costa de reducir los salarios, abusar del trabajo infantil y de mujeres o mantener condiciones laborales insalubres).

En tal sentido, los acontecimientos ocurridos en 1848 en Francia y en Gran Bretaña, como resultado de la vasta crisis social y económica y bajo la influencia de los pensadores llamados “socialistas” (especialmente Saint-Simon, Fourier Y Owen), las experiencias de la Comuna de París de 1871 y de las políticas sociales instauradas por Bismarck en Alemania en la década de los ochenta del siglo XIX, la acción sindical así como la influencia del marxismo y de la Doctrina Social de la Iglesia, comportaron una serie de factores que confluyeron a la implosión del modelo de Estado de Derecho Liberal, abriendo paso al Estado de Derecho Benefactor, de Bienestar o Providencia (*Welfare State*), también denominado Estado de Derecho Social en la centuria siguiente, primero tibiamente en el período de entreguerras y de modo más intenso y generalizado después de la 2° conflagración mundial.

Esto supuso, en lo esencial, una ruptura del paradigma no intervencionista liberal del Estado, para asumir un papel preponderante en las relaciones sociales y convertirse en un agente económico relevante, no sólo regulando, sino también participando activamente en la producción, el empleo, la distribución del ingreso y el consumo.

Sus objetivos inmediatos fueron:

- lograr la plena ocupación,
- brindar un sistema de seguridad social al alcance de todos los habitantes,
- asegurar de niveles de calidad de vida mínimos para la población, a través del acceso masivo a los bienes y servicios.

También, en esta línea, intervino en el mercado de trabajo, regulando las condiciones de seguridad e higiene, el salario mínimo y el papel de los sindicatos y la negociación colectiva.

A partir de la década del '60 aumentó generalizadamente el gasto público y, de un modo especial, el gasto social, (educación, salud, vivienda, jubilaciones y pensiones, prestaciones de desempleo).

Esta expansión coincidió con la riqueza alcanzada por la mayoría de los países Occidentales (E.E.U.U. y varios de Europa), los que consiguieron un alto nivel de consumo, de seguridad y de igualdad de oportunidades. Al reconocer los derechos sociales, el Estado de Bienestar favoreció también el crecimiento de la “sociedad de clases medias” en lugar de la antigua sociedad polarizada del liberalismo clásico de minorías ricas y una gran mayoría pobre.

Sin embargo, este problema subsistió, en diversos grados, en los países subdesarrollados que conforman las ahora llamadas “economías emergentes”.

Este tipo de Estado procuró, de este modo, una integración real de la sociedad y el pleno goce y disfrute de los denominados “derechos de segunda generación”. Estos derechos vendrían a colmar las deficiencias y omisiones de los derechos civiles y políticos, de la misma manera que el Estado Social intentó restañar las deficiencias del Estado Liberal.

#### **4. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR**

La crisis económica de los años 70’ y 80’, puso en un severo cuestionamiento al Estado de Bienestar, surgiendo problemas como: a) la recesión, b) el estancamiento económico, c) la pérdida de empleo, d) las deficiencias estructurales y fiscales del Estado y e) las insuficiencias de los procedimientos democráticos.

Todos ellos fueron los argumentos que dieron sustento al inicio de una oleada conservadora demandante de una vuelta a los postulados liberales, fenómeno que se conoce como neoliberalismo, o neo *laissez faire*. Se abogó, así, por una reducción de la intervención estatal -tildada de ineficiente, lenta y dispendiosa-, y se resaltaron, por contrapartida, las ventajas de la libre competencia.

Desde el año 1989, uno de los cambios más importantes que se han operado, por su significación histórica, política, sociológica, económica y jurídica, es el paso de un mundo dividido en dos bloques a la hegemonía de los sistemas de economía de mercado y, con ello, al final de la Guerra Fría y la universalización de la democracia liberal occidental.

#### 4.1. Síntesis de las críticas neoliberales al Estado de Bienestar

Se ha cuestionado:

- el excesivo aumento del poder del Gobierno y del Estado, para el cumplimiento de ciertos fines que no eran propios del Estado liberal.

- el crecimiento en sus funciones -y, consecuentemente, en su burocracia- ha conducido a una crisis crónica, recesión económica, inflación, pérdida de empleo, déficit fiscal y aumento desmedido de la deuda pública.

- el Estado Social no se mueve en pos del interés general o de una eticidad altruista, sino en función del “mercado político”, para captar los votos de los beneficiarios.

- a mayor crecimiento del Estado, existe una mayor propensión a que cometa errores, lo que produce insatisfacción en los ciudadanos por su mala gestión.

- el enorme costo de estas actividades y sus modestos resultados (estándar de eficiencia insumo-producto).

- la satisfacción de tantas necesidades termina sobrecargando y saturando (*overloaded*) al Estado, incapacitándolo para actuar y sumiéndolo en impotencia ante la realidad y los problemas que se le plantean.

- todo esto conduce en que, para ser más eficaz, el Estado deba alejarse de las prácticas democráticas y actuar en forma autoritaria, lo que produce una ruptura del consenso social, pérdida de las libertades individuales y violación de principios como la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica.

#### 4.2. Algunos esbozos teóricos neoliberales

Para hacer frente a estos problemas se consideró, en esencia, imprescindible la reducción de la actuación interventora del Estado como una manera de estimular la Economía, especialmente a través de privatizaciones y desregulaciones de sectores controlados por éste y de reducciones de impuestos y achicamiento o eliminación de programas sociales.



Si bien suele asociarse el fenómeno privatizador con gobiernos conservadores (Thatcher, Reagan) el proceso se ha verificado también en las socialdemocracias europeas.

Por otra parte, la genéricamente llamada “privatización” no sólo ha importado, *stricto sensu*, el traspaso de activos públicos a los particulares, sino también, la gestión por parte de empresas privadas de los servicios públicos o la desregulación o conjunto de medidas dirigidas a fomentar la participación en régimen de competencia de las empresas públicas con las privadas. Se han invocado razones: a) financieras (reducir el gasto público); b) económicas (mejorar la eficiencia a todos los niveles de la empresa pues son menores los costos para obtener la misma finalidad, toda vez que los factores políticos –determinación de precios, cuestiones de negociación con los trabajadores, elección de directivos- encarecen la producción de bienes y servicios por parte del Estado); y c) políticas (un nuevo liberalismo en el que la propiedad e iniciativa privadas son de primer orden).

Para hacer llevar a cabo estas recetas, se consideró imprescindible la reducción de la actuación interventora del Estado como una manera de estimular la Economía, especialmente a través de privatizaciones y desregulaciones de sectores controlados por éste y de reducciones de impuestos y achicamiento o eliminación de programas sociales. Existen distintas corrientes de pensamiento que han brindado fundamento teórico en tal sentido.

Una de ellas rescata a Hayek para quien la igualdad formal ante la ley es incompatible con toda actividad del Estado dirigida a la igualdad material o sustantiva de los individuos, por lo que cualquier política dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> HAYEK, F. A., *Camino de servidumbre*, Unión Editorial, Madrid, 2ª edición, 2017, traducción de José Vergara Doncel, p. 168. En esta misma línea, uno de los autores pertenecientes a la denominada Escuela Austríaca y de gran influencia sobre HAYEK, Ludwig VON MISES, entendió que el Estado debía limitarse a proteger debidamente “*el suave funcionamiento del mercado*”, resultando intervencionista aquella Administración Pública que no restringía su actividad al mantenimiento del orden público, a producir seguridad ciudadana (v. *Sobre Capitalismo y Liberalismo*, Unión Editorial, Barcelona, 1996, traducción de Joaquín Reig Albiol, p. 309).

Otra vertiente es la liderada por Friedman, institucionalizada en torno a la “Escuela de Chicago”, la que plantea, frente a las medidas de Keynes, una estricta política monetaria (reducción de la cantidad de moneda en el mercado para controlar la inflación generada por el déficit fiscal que provocan las políticas de asistencia y protección social). Esta escuela *monetarista* considera que se ha sobrestimado excesivamente la bondad de la intervención del Estado para paliar las deficiencias del mercado, incluso las necesidades reales de esa intervención y su eficacia<sup>8</sup>.

Acaso sea Nozick el autor que, con un énfasis fundamentalista, diríamos, haya insistido con la vuelta al Estado liberal primigenio, esto es, una organización detentadora del monopolio de la fuerza, con el único y limitado objetivo de proteger los derechos individuales de los miembros del grupo, especialmente los derechos privados adquiridos justamente (principio de justicia en la adquisición) o adquiridos justamente de otro propietario (principio de justicia en la transferencia)<sup>9</sup>.

Desde el plano de las Ciencias de la Administración se ha justificado la retirada del Estado Social a través del significado etimológico de la palabra “gobierno” que, en griego, quiere decir “llevar el timón”. Se ha dicho, así, que, mientras la tarea del gobierno consiste en llevar el timón de la nave, la de remar es prestar servicios y el gobierno, se señala, no es muy bueno remando<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Ver: FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y Libertad. Ensayos de Política Monetaria*, Síntesis, Madrid, 2012, traducción de Francisco Cabrillo.

<sup>9</sup> NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, traducción de Rolando Tamayo, ps. 321-327,

<sup>10</sup> Ver: OSBORNE, David-GAEBLER, Ted, *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Paidós, Barcelona, 1ª edición, 1994, traducción de Marco Aurelio Galmarini, ps. 55-71. Bajo el mismo juego de simbolismos se ha señalado “*De dónde puede sacar el Estado la fuerza para llevar el timón y para hacer que se cambie el rumbo si en la barca hay remeros de tanto peso específico y tan obstinados? Los correspondientes modelos no han demostrado su validez efectiva*” (se refiere a los esquemas garantizador, regulador o de colaboración público-privada). Ver: WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2013, traducción de José Carlos Mardomingo, ps. 132-133, Nota N° 242.

### 4.3. Algunos ensayos defensistas del Estado Social de Derecho Su irreversibilidad

Se ha señalado que la noción “Estado Social de Derecho” adopta, en ciertas ocasiones, un enfoque sociopolítico o socioeconómico, refiriéndose, en realidad, al Estado de Bienestar o *Welfare State* y, en otras, alude a una realidad jurídica, constitucional y normativa que lo consagra<sup>11</sup>. Pues, es una realidad evidente que casi todos los Estados contemporáneos de Occidente tienen constituciones liberales y son, al mismo tiempo, democracias y Estados Sociales de Derecho, como de manera explícita lo proclaman, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn de 1949<sup>12</sup> y la Constitución Española de 1978<sup>13</sup> o como, implícitamente, se infiere de la Constitución de la Nación Argentina, luego de las reformas de constitucionalismo social introducidas a su texto en 1994.

Todos estos textos han incorporado una tercera generación de derechos, vinculada con la solidaridad, cuya pauta unificadora estribaría en la incidencia en la vida de toda la humanidad por lo que reclamarían para su protección de la cooperación internacional (derecho a la paz, derecho a una vida digna, derecho del usuario y consumidor, derecho al ambiente sano, derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.). Y, según ciertos autores, existiría otro elenco que conformaría una cuarta generación de derechos, configurada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías.

**En este tipo de Estados, es el orden constitucional marca un claro sendero de transformación y mejora social, a través de políticas públicas.**

La ley, bajo este enfoque, no sólo cumple el papel de sentar pautas directrices de la conducta, sino que confiere mandatos amplios a la

---

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 23, N° 69, septiembre-diciembre 2003.

<sup>12</sup> Art. 20 (1) “*La República Federal de Alemania es un Estado Federal, Democrático y Social*”.

<sup>13</sup> Art 1 (1) “*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político*”.

Administración para la satisfacción de las necesidades públicas y el respeto de la dignidad humana, a través de normas programáticas que, frecuentemente, incluyen conceptos jurídicos indeterminados.

Por ello es que, cuando se pregona la mentada crisis, surge enseguida el interrogante de si se está aludiendo a la de una realidad jurídica, en algunos supuestos, como vimos, constitucional y normativa, o a la de una realidad política y socioeconómica y, en tal caso, cuál es la autonomía o la interdependencia de esas realidades.

A nuestro modo de ver, se trata de enfoques que –aunque guarden relación entre sí–, resultan perfectamente escindibles y las críticas se vinculan más con esa realidad socioeconómica que con su formulación jurídica. Ello por cuanto la inclusión de una cláusula de “Estado Social” es una aspiración programática que debe instrumentar medios para alcanzar objetivos.

Entendemos, entonces, que los señalamientos apuntan a esa materialidad del Estado Social.

Creemos, sin embargo, que se observa una clara tendencia a generalizar y exagerar los defectos del modelo sobre la base de evidencias insuficientes y abuso del empleo de ejemplos selectivos contrarios que pretenden despolitizar las relaciones económicas.

Además, estas objeciones presentan evidentes errores al estudiar el problema de la integración social a través del papel del mercado ignorando los fenómenos de ruptura y conflicto que se producen en un sistema puro en donde el individualismo, la libertad en sentido neoliberal y los derechos de propiedad se combinan como elementos y fuerzas de distribución de la riqueza<sup>14</sup>.

También los fracasos del Estado de Bienestar acaso puedan deberse a la tendencia inherente del capitalismo de producir contradicciones entre los elementos de su estructura y a reproducir cíclicamente sus crisis, como lo ha demostrado Keynes en su obra más conocida<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> De acuerdo: MISHRA, R. *The Welfare State in crisis*, Brighton, Harvester, 1983, citado por MARTÍNEZ DE PISÓN, José. “La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración”, *Doxa*, 15-16 (1994), ps.243-270.

<sup>15</sup> KEYNES, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª edición, 2001, traducción de Eduardo Hornedo, ps. 264 y 311.

Muchas de las intervenciones del Estado tienden a la búsqueda de una situación óptima para la obtención de beneficios, apuntalando al propio sistema capitalista (p.ej. exenciones fiscales a los inversores, incentivo a ciertos sectores económicos y suplencia de las carencias privadas en materia de infraestructuras, sanidad y educación).

Ello sin contar que, a menudo, el Estado inyecta fondos públicos para superar situaciones de crisis que se producen en el seno de las empresas privadas, cuando, por sus dimensiones, dejarlas caer en quiebra implicaría un grave daño social<sup>16</sup>.

El neoliberalismo también ha exacerbado la sobrecarga de la actividad estatal del Estado Social pretendiendo que ella lo sume en una ingobernabilidad que sólo podría superarse a través de un poder político que no interfiriese en el funcionamiento del mercado y reconduzca las funciones estatales a las del viejo Estado liberal “mínimo”.

Estimamos que, si bien la descripción puede condecirse en algunos casos con la realidad, la solución pasa por buscar el consenso social para fijar límites a la actuación estatal y pautas de una buena o correcta gestión del poder político, las que, en algunos países, ya se han instrumentado bajo la denominación de “buen gobierno” o *gobernanza*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Una lúcida crítica al que denomina Estado Providencia “pasivo” es la efectuada por Pierre ROSANVALLON. Según este autor, el neoliberalismo ha producido una separación entre la Economía y la Sociedad, resultando, como consecuencia de ello, que la desocupación masiva es el nuevo sistema de redistribución. Frente a esta situación, los Estados europeos sólo se han limitado a otorgar indemnizaciones, contribuyendo al mantenimiento de esta lógica perversa. La pregunta que se hace ROSANVALLON es si se podría pasar de esta pasividad estatal a un Estado Providencia “activo” en estos términos: *“...encontrar la manera moderna de realizar cierta internalización de lo social, a fin de lograr conjuntamente modernización económica y reconstrucción del tejido social; en cierta forma ser moderno y arcaico al mismo tiempo”* (Ver: *La cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1º edición, 2011, traducción de Horacio Pons, ps. 105-126).

<sup>17</sup> Aunque no existe una descripción precisa de la idea y, en muchos casos, se la asocia a un eficientismo económico en la gestión de los intereses públicos, adscribimos a la concepción que ve en ella la satisfacción de las nuevas exigencias de calidad democrática para cuyo logro debería proveer un desarrollo eficiente de la acción de gobierno y de sus políticas intervencionistas, facilitando la participación ciudadana, la transparencia en las prácticas y atendiendo al rendimiento individual y los resultados de la gestión. El enfoque de políticas

Finalmente, la postura neoliberal, al vincular la libertad individual con una democracia formal (pues, entiende, que sólo a partir de ésta es que se pueden emitir los mecanismos jurídicos del Estado de Derecho y protegerse los derechos y libertades básicos del individuo, especialmente los civiles y políticos) vuelve sobre lo que he considerado como la estructura o andamiaje del mismo, un continente sin contenido, que la mera verificación empírica ha demostrado insustentable a mediano plazo.

Estimamos que constituye una falacia pregonar que el Estado Social pretenda eliminar la idea de que todos los ciudadanos deben ser igualmente libres. Por el contrario, es su norte completar esta igualdad y libertad formales con una democracia material que posibilite el igual ejercicio para todos de esos derechos y libertades, es decir, dar contenido al continente.

No es posible pensar en una libertad sin igualdad, de allí que voces como la de Rawls, desde las bases ideológicas de un liberalismo *igualitario*, pretendan buscar una armonía entre el fundamento individualista de la libertad y las pretensiones igualitarias del Estado Social<sup>18</sup>. Así, para este autor, una política social justa debería propender a lograr un balance entre los reclamos competitivos y los principios que asignen derechos y obligaciones y definir una división, también apropiada, de las ventajas sociales. Estos principios sólo han sido atendidos por los Estados de Bienestar los que, en la actualidad, operan en un contexto de condiciones económicas, sociales, políticas e ideológicas, distintos de los que existían cuando surgieron.

Consideramos que la embestida neoliberal contra el Estado Social ha sido infructuosa. Por un lado, en tanto en la mayoría de los países de Occidente se han implantado estructuras y acciones políticas prácticas tendientes a proveer el bienestar social a todos los ciudadanos.

---

públicas, bajo este prisma, representaría un nuevo modo de intervencionismo “...a través de un modelo de gestión pública estratégica de inspiración managerial que deberá operar ajustándose a claves de consenso con el tejido social” (Ver: PORRAS NADALES, Antonio, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, Gobernanza, Gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014, p. 68).

<sup>18</sup> RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, traducción de María D. González, p. 10.

Ciertamente, el Estado de Bienestar se ha convertido, de tal modo, en una estructura *irreversible*<sup>19</sup> cuya supresión exigiría también la abolición de la democracia política, de los sindicatos y de cambios en el sistema de partidos.

Y, de otro, por cuanto el concepto de bienestar posee relevancia para juzgar la legitimidad de los ordenamientos jurídico-políticos y, por ello, se los incluye en documentos constitucionales y en declaraciones básicas<sup>20</sup>.

A lo sumo, los cuestionamientos han servido para encarar acciones correctivas tendientes a maximizar el uso de los recursos en términos de eficacia *social*, poniendo énfasis en la gestión por resultados, es decir, aquella que se imponga el cumplimiento de metas y objetivos.

#### 4.4. ¿Un Estado Social de Derecho “subsidiario”?

Dentro de esta oleada neoliberal, se halla una postura sincrética que, al menos discursivamente, no reniega del Estado Social de Derecho, pero entiende que los Estados deben restringir al máximo su accionar en el campo de las prestaciones de tipo económico, dejándolas, en principio, libradas al accionar de los particulares para sólo reservarse una intervención *subsidiaria*.

Aunque existen distintas formulaciones de esta idea, en nuestra opinión el principio de subsidiariedad no debe aceptarse como una regla rígida e inflexible pues el Estado tiene siempre a su cargo, como aspiración ineludible que lo legitima, la realización del bien común

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “La crítica...”, cit., haciendo referencia A OFFE, C., “Algunas consideraciones del moderno Estado de Bienestar” en *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, edic. de J. Keane, versión española de A. Escotado, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 139, estima que “...no se vislumbra como factor significativo una fuerza capaz de suscitar cambios tan dramáticos”. En idéntico sentido, ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015. p.15, señala que no parece existir una alternativa superadora al Estado Social, como lo fue éste respecto al Estado Liberal o, incluso, como el Estado Liberal resultó frente al Estado Absolutista.

<sup>20</sup> De acuerdo: SALEM, Jorge, “Bienestar y Legitimidad”, *Doxa* N° 9 (1991) ps.143-155.

o interés general y tal labor de concreción resulta ser el fruto de una valoración cambiante según las circunstancias.

Tal mutación, inherente al cambio en las demandas de toda comunidad, debería llevarlo a realizar una actividad económica incluso en situación de competencia con los particulares (vg. por razones estratégicas), si así lo estimase conveniente. Ello es lo que ocurre, además, en casi todos los Estados Sociales europeos.

Ni hablar de la no intervención en el plano social, donde claramente la actividad privada no resolverá los problemas y demandas comunitarias, a no ser que se piense en el espejismo de la teoría del derrame que el pensamiento liberal atribuye como consecuencia virtuosa del afán de lucro y acumulación capitalista y que la realidad histórica se ha encargado de desmentir paladinamente.

#### **4.5. La materialidad del Estado de Derecho “ampliada”: el Estado Social y Constitucional de Derecho**

La denominada crisis del Estado de Bienestar, en realidad, supuso una modificación de estructuras y funciones estatales: la pretensión de universalidad de este modelo de estatalidad fue desplazada por una atención más focalizada, dando paso a la centralidad estratégica que han ido adquiriendo las políticas públicas.

Así, las formas de intervención social del Estado se han extendido desde una política centrada exclusivamente en la extensión de la protección pública, a través del empleo formal y de instituciones universales, como la salud y la educación, a otra cuyos ejes axiales pasan por la lucha contra el desempleo, el incremento de la pobreza y el aumento de las desigualdades, a través del despliegue de acciones compensatorias que tienden a establecer umbrales mínimos de integración para los sujetos que no logran insertarse en un mercado de trabajo, a menudo excluyente y expulsivo.

Pero a este cambio de modelo de estatalidad -más bien con acento en lo cualitativo-, cabe sumar el fenómeno operado a partir de la Segunda Posguerra en Occidente, llamado “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo”, vertiente preocupada por sentar más principios -denominados “valores básicos o bienes



humanos básicos”<sup>21</sup>, “derechos fundamentales” o simplemente “derechos humanos”<sup>22</sup>-, que reglas y más ponderación que subsunción, lo que, como veremos, impacta en la labor de los jueces.

Se trata de un esquema “rematerializador” de los textos constitucionales al plasmar en ellos un catálogo de principios y derechos con fuerte carga axiológica que aparecen “irradiados” por las cláusulas constitucionales. Esta vertiente, que reconocía antecedentes<sup>23</sup>, marcó un punto de quiebre con las Constituciones de cuño liberal-racionalista, abocadas -prácticamente en su totalidad-, a tratar aspectos organizativos, competenciales y procedimentales, con el objeto de racionalizar el poder y regular los aspectos jurídicos,

Este constitucionalismo actual que Ferrajoli tilda de “fuerte”, se caracteriza, también, por: a) favorecer la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos; b) abogar por una fuerte presencia judicial; y c) ser más proclive a asegurar el pluralismo ideológico<sup>24</sup>.

Este paso de una concepción legalista del Estado de Derecho a otra constitucional, basada, sobre todo, en un control de la constitucionalidad de las normas en todas sus instancias de producción y aplicación, ha centrado el foco en la importancia de la justificación

---

<sup>21</sup> FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez, especialmente ps. 113-129.

<sup>22</sup> Cierta doctrina reserva el término “derechos humanos” a los positivados en el plano internacional y “derechos fundamentales” a los positivados en el plano estatal (Cfr. GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, ps. 18-19). Por su parte, FERRAJOLI, Luigi, *Principia...ob. cit.*, ps. 696-699, los define como los derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos.

<sup>23</sup> Las constituciones: mexicana de Querétaro de 1917, alemana de Weimar de 1919 y española de 1931.

<sup>24</sup> Ampliar en: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 101 y ss.; ALEXY, Robert, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, ps. 159 y ss. y ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, 3ª edición, traducción de Marina Gascón, ps.109 y ss.

material de la toma de decisiones en todos los órganos estatales y en reconocer mayores atribuciones al juez en su labor revisora<sup>25</sup>.

Esta tendencia se ha verificado acompañada -y reforzada-, por el fenómeno de la Globalización<sup>26</sup>, más exactamente por una de sus manifestaciones: la Globalización jurídica, la que se presentaría como un ámbito de cooperación sin soberanía.

No podemos extendernos para llevar a cabo una evaluación de las consecuencias de un proceso tan vasto, complejo -e inacabado-, como la Globalización, pero sí precisar que esta consecuente globalización jurídica no debe entenderse como circunscripta a las cuestiones económicas pues su proyección alcanza a los derechos humanos y fundamentales, a su reconocimiento, protección y realización ahora plasmados, no sólo en las constituciones de posguerra, sino también en los pactos internacionales<sup>27</sup>.

En efecto, el derrotero a seguir ha sido trazado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que considera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho. Luego tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, han venido, en cierto sentido, a regular los derechos de la Declaración y a consagrar los denominados “derechos de tercera generación”, a los que nos hemos referido.

---

<sup>25</sup> Se ha querido ver en esta corriente dominante en Occidente -que importa una superación del positivismo formalista- un *realismo pragmático* caracterizado por “...la indeterminación radical de la normatividad, el incremento de los márgenes para la discreción en la toma de decisiones bajo condiciones de alta complejidad e incluso el pluralismo radical de las sociedades actuales” (Ver y ampliar en ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1° edición, 2013, ps 67-77).

<sup>26</sup> Se la ha definido como un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y políticas, como producto de una estrecha interrelación de pueblos e individuos. Para BECK se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, traducción de Bernardo Moreno).

<sup>27</sup> Ampliar en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2° edición, 2004, ps. 19-64.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, resume en su Preámbulo las cuestiones tratadas en los precitados pactos y en su artículo 26 consagra la *progresividad* de los derechos económicos y sociales.

Esta enumeración breve revela la *virtualidad expansiva*<sup>28</sup> que poseen los derechos fundamentales. A merced de ella es que cada uno de los Estados miembros, deben acatarlos y evitar interpretaciones unilaterales que los conviertan en letra muerta.

La incorporación a nuestro derecho de los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional, operada mediante la reforma constitucional de 1994, art. 75, inc. 22<sup>29</sup> constituye una muestra acabada del compromiso asumido por nuestro país de operativizarlos, a tono con esta globalización de los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho, entonces ya no es solamente “social”, sino también “constitucional” pues la atención de las necesidades básicas y la protección dispensada a los sectores más vulnerables, las efectúa en un marco de profundo respeto a los derechos humanos, ahora “constitucionalizados”. De este modo, se configura una pléyade de principios y normas que resultan aplicables directamente a toda relación intersubjetiva, sea de derecho público o privado<sup>30</sup>.

Así, este “Estado Social y Constitucional de Derecho”, tiene que hacer frente a nuevos retos: las transformaciones que él mismo ha provocado en las sociedades a través del reconocimiento y del consecuente

---

<sup>28</sup> MEILÁN GIL, José L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Sevilla, 1º edición, 2011 p. 43.

<sup>29</sup> El constituyente reformador de 1994, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las nuevas constituciones occidentales de posguerra, en vez de añadir los nuevos derechos fundamentales, prefirió incorporar directamente los tratados que se refieren a ellos, con jerarquía constitucional y carácter complementario de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

<sup>30</sup> Cabe precisar que, para asegurar la protección adecuada de los derechos humanos, y sólo en defecto de la actuación de los Estados, tanto en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos como en el de la Convención Americana de Derechos Humanos, se prevé la intervención *subsidiaria* de tribunales internacionales (Ver y ampliar en SANTIAGO, Alfonso, *Principio de Subsidiariedad y margen nacional de apreciación*, Astrea, Buenos Aires, 1º edición, 2020, ps. 90-111).

mandato a los poderes públicos de concretizar los derechos humanos y las cuestiones nuevas que suponen el desarrollo de las tecnologías, la robótica en particular, el hambre y la pobreza en los países más postergados, la superpoblación mundial, el respeto a las minorías, el cuidado del medio ambiente, etc.

Aunque ciertamente el mercado es necesario para el crecimiento económico, debe ser contextualizado por la acción positiva del Estado Social en las economías de países subdesarrollados y emergentes para evitar que produzca -o al menos atenuar-, las disfunciones que hasta hoy ha provocado. Esa demarcación debería producir un sistema económico, social y cultural muy diferente al que actualmente impera en esos países.

El Estado de Derecho deberá defender y realizar los valores que estuvieron en su origen y los que ha asumido para convertirse en Social y Constitucional: libertad, justicia, seguridad, democracia y respeto por los derechos básicos de las personas<sup>31</sup>. Se trata, en suma, de una acumulación aditiva de derechos.

#### **4.6. La crisis del Estado de Bienestar en nuestro país**

La Argentina no resultó ajena al fenómeno occidental del apogeo y crisis del Estado de Bienestar, especialmente a partir de la Gran Depresión del año 1929.

En la década de 1930, el Estado argentino tomó medidas de claro sesgo intervencionista en la regulación de la economía (creación de organismos reguladores, prórrogas de locaciones y congelamiento de alquileres, etc.).

---

<sup>31</sup> Como bien se ha señalado: “*los poderes públicos (las Administraciones públicas, entre ellos) deben asumir (o mantener, en aquellos países en los que el Estado social no ha sido desmantelado) la iniciativa en la adopción de medidas destinadas a lograr la igualdad real de los individuos, debe llevar a cabo políticas redistributivas que reduzcan las enormes desigualdades existentes en el mundo globalizado actual. Deben abanderar más la solidaridad y menos la competencia entre los individuos*” (MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 1ª edición, 2004, p. 220).

Luego, a partir de la década de 1950, participó activamente en los procesos de producción de bienes y servicios con la nacionalización y creación de empresas estatales. También se desarrollaron: el sistema de previsión social y los mecanismos de cobertura de salud a través de las obras sociales y se dispuso paliar el déficit habitacional a través de la construcción y flexibilización de las condiciones de acceso a la vivienda propia. Asimismo, la educación pública recibió un fuerte impulso.

El Neoliberalismo, a la luz de las premisas sentadas para los países latinoamericanos en el denominado “Consenso de Washington”<sup>32</sup> produjo en nuestro país -y en otros de la región-, un impacto y retroceso en el Estado de Bienestar<sup>33</sup>, a través de un colosal plan de reformas tendientes a desregular las variables económicas y liberalizar los mercados. En este contexto se encaró un vasto y ambicioso plan de privatización de empresas y sociedades del Estado y, en algunos casos, se flexibilizó el régimen aplicable al cumplimiento de determinadas actividades estatales, las que dejaron de ser llevadas bajo la técnica del servicio público y, en el mejor de los casos, pasaron a ser actividades de interés general.

Este paradigma neoliberal, que estuvo presente en la Argentina durante los años '90 resurgió, con ciertos atisbos, durante el período 2015-2019<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Bajo este término, el economista John WILLIAMSON describió, en 1989, una serie de medidas y reformas para los países en vías de desarrollo alcanzados por las crisis, formuladas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. En líneas generales, las innovaciones propendían a la liberalización económica, a la reducción del Estado y a la expansión del mercado interno

<sup>33</sup> Ver el análisis de la crisis del Estado de Bienestar, con particular referencia a la Argentina en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª edición, t. I, Capítulo II (1º edición del *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013), ps. II-12 a II-41 y t. I, Capítulo VIII, ps. 91-106.

<sup>34</sup> A diferencia de la anterior experiencia neoliberal, esta reedición se debió a la influencia de diversos factores de poder locales. Muestras acabadas de esta dirección fueron: a) la sanción de la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada, la que dispuso la inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones N° 21.499, la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional N° 1023/01, produciendo una

Los resultados muestran una tendencia al desempleo en altas proporciones de la población económicamente activa o al subempleo, junto a una precarización laboral no sólo en el sector privado sino también en el público.

Por otra parte, se observa una marcada regresividad en la distribución del ingreso con bolsones de concentración de la riqueza y achicamiento de las clases medias.

Tampoco las concesiones de los servicios públicos han resultado ser la panacea pues, en muchos casos, los incumplimientos graves en los que incurrieron los concesionarios llevaron, a comienzos de este siglo, a la rescisión de los contratos y a la reasunción por parte del Estado de la gestión directa de las prestaciones.

De allí que, al igual que lo que acontece en otros países de Occidente, consideramos que debe volverse sobre el Estado Social y Constitucional para profundizarlo, protegiendo las instituciones estatales de toda cooptación y clientelismo, haciéndolas más eficientes para el reconocimiento de derechos.

No obstante, debemos advertir que el Estado Social inserto en sociedades de economías desarrolladas se desenvuelve de manera distinta que en aquellos países que, como el nuestro, no han alcanzado tales niveles económicos; las soluciones deben adaptarse y modularse teniendo en cuenta la idiosincrasia y matices que presentan las cuestiones sociales en esas naciones.

La catástrofe sanitaria, en todo caso, puso al desnudo las consecuencias que el desmantelamiento del Estado de Bienestar había producido en varios países occidentales en un área tan sensible como la salud, dejando nuevamente en evidencia la importancia de la acción del Estado, para satisfacer necesidades sociales básicas, cuya atención el mercado desoye o le presta escaso interés, focalizándose en actividades que maximicen el lucro.

---

ruptura del esquema de "doble derecho" de los regímenes continentales; b) el endeudamiento externo; c) la eliminación o recorte de planes sociales; y d) los reajustes tarifarios irrazonables y desproporcionados de tarifas de servicios de energía.

## 5. LA EMERGENCIA SANITARIA Y LOS DNU

Por cierto, las herramientas jurídicas que, para gestionar la pandemia, que integran el “plexo COVID-19”, han sido profusas, dispersas, fugaces y cambiantes pues el presupuesto fáctico que les ha brindado causa es, en sí mismo, variable pues oscila de acuerdo a la evolución de la pandemia.

Como todas se han dictado dentro de una emergencia sanitaria, resulta necesario efectuar una somera referencia al respecto.

Las situaciones de emergencia son acontecimientos fácticos que, de un modo u otro, perturban el orden constitucional y los derechos y garantías allí previstos. Para atenuar o remediar estas situaciones la Constitución contempla los denominados “institutos de emergencia”.

¿Cuáles son esas situaciones de emergencia?

Bidart Campos describe tres tipos: a) la guerra (el “ataque exterior”), b) la conmoción interna y c) las crisis económicas<sup>35</sup>.

En la constitución histórica de 1853/1860 existían dos institutos de emergencia: a) el estado de sitio, aplicable tanto a los supuestos de ataque exterior como de conmoción interior (art. 23); y b) la intervención federal a las provincias (art. 6) procedente para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, a requerimiento de las autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia,

Luego de la reforma de 1994 se han admitido dos tipos más de situaciones de emergencia: a) las que dan lugar a la delegación legislativa (art 76); y b) las que autorizan la emisión de decretos de necesidad y urgencia<sup>36</sup>. Debemos, sin embargo, efectuar la aclaración de que la emergencia no es el único supuesto habilitante de esta última competencia pues pueden darse otros como, p. ej., el cambio de signo monetario.

---

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1º edición, 1992, p. 196.

<sup>36</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p.390

Los institutos de emergencia tienen dos características: a) acrecientan ciertas competencias de los órganos estatales; y b) provocan una restricción de derechos y garantías fundamentales.

Pero, como bien ha señalado la CSJN, el poder de policía de emergencia no nace fuera de la CN, sino dentro de ella ("*Rinaldi*", 2007<sup>37</sup>) por lo que en estas situaciones es posible el ejercicio de ese poder de policía en forma más enérgica que lo admisible en períodos de sosiego y normalidad.

En la emergencia sanitaria del Covid 19, se ha acrecentado el poder del órgano ejecutivo y otros órganos administrativos a los que se les han delegado competencias y se han restringido derechos y garantías individuales (de propiedad, de comercio y trabajo, de tránsito, etc.), pero ello lo ha sido con la finalidad proteger la salud pública.

**Resulta oportuno recordar que, aun en tiempos de normalidad los derechos reconocidos por la constitución no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que esa reglamentación resulte razonable.**

En tal sentido se ha definido el poder de policía como la facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales en pos del aseguramiento de determinadas finalidades. Se ha distinguido el concepto europeo de *narrow* que comprende la seguridad, la salubridad y la moralidad del concepto *broad and plenary* del derecho norteamericano que agrega el bienestar general.

Desde sus inicios la Corte definió el poder de policía reconociéndolo a favor de las provincias como poder reservado para proveer lo conveniente en materia de seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, pudiendo lícitamente dictar leyes a tales fines, en el entendimiento de que el artículo 14 de la Constitución Nacional no ha garantizado a sus habitantes el derecho de ejercer su industria y profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio ("*Plaza de Toros*", 1869<sup>38</sup>).

En el mismo sentido, el Tribunal Címero convalidó la suspensión dispuesta por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires de las faenas de los saladeros situados a la vera del Riachuelo por afectar a la salud

<sup>37</sup> *Fallos*, 330: 855.

<sup>38</sup> *Fallos*, 7: 150



pública, no pudiendo invocarse una violación al derecho de propiedad y el ejercicio de una industria lícita, por cuanto esos derechos estaban sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (*“Los Saladeristas Podestá y otros”, 1887*<sup>39</sup>).

Décadas después la Corte admitió el poder de policía de emergencia, considerando que, ante la existencia de una crisis o de un grave trastorno social, originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc., la potestad reglamentaria del Congreso para afrontar los daños y riesgos se intensifica. Dijo el Tribunal: *“No se trata de que la emergencia cree un nuevo poder; simplemente autoriza a ejercer con mayor energía un poder ya existente. Acontecimientos extraordinarios demandan remedios también extraordinarios”* (*“Russo”, 1959*<sup>40</sup>).

Las pautas para el ejercicio de los poderes de emergencia fueron sentadas por la Corte en *“Avico”*<sup>41</sup> (1934) y reiteradas en pronunciamientos posteriores y son: a) la efectiva existencia de una situación de emergencia declarada por el órgano competente; b) cumplimiento de fines públicos; c) transitoriedad de la regulación excepcional; y d) razonabilidad del medio elegido.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia, como es sabido, se introdujeron en nuestra Constitución Nacional en 1994, para plasmar en el texto supremo una práctica constitucional que la realidad política y jurídica evidenciaban, con el propósito de reglamentarla y limitar el poder del órgano presidencial. De este modo quedó zanjado el debate sobre su constitucionalidad (los que la postulaban contaban con el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Suprema; mientras que los que la cuestionaban consideraban que violaban el principio de separación de poderes).

De acuerdo al artículo 99, inc. 3° de la CN, el PEN no puede en ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Sin embargo, lo autoriza a dictarlos cuando medien circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulan la materia penal, tributaria, electoral o del

---

<sup>39</sup> *Fallos*, 31: 273

<sup>40</sup> *Fallos*, 243: 467

<sup>41</sup> *Fallos*, 162:21

régimen de los partidos políticos. La referencia a “ningún caso”, como es obvio, alude a supuestos de normalidad, pues los DNU deben dictarse ante “circunstancias excepcionales” que hagan imposible seguir la tramitación constitucional establecida para la elaboración y sanción de las leyes, y consisten en las “razones de necesidad y urgencia”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que la Corte Suprema ha interpretado en varios supuestos.

Por otra parte, la previsión contiene expresamente la referencia a materias que integran la zona de reserva legislativa que quedan excluidas de esta competencia excepcional del PEN.

En suma, los extremos que justifican el dictado de los DNU, deben coexistir y están dados por:

a) una imperiosa necesidad que ponga en peligro la subsistencia o continuidad del Estado o suponga un grave riesgo social y torne inevitable su dictado para evitar consecuencias ulteriores irreparables o de difícil reparación;

b) proporcionalidad entre las medidas que contempla el DNU y los fines perseguidos; y

c) la premura con la que deben dictarse las medidas para prevenir o evitar los daños en el tejido social.

La decisión debe adoptarse en acuerdo general de ministros, refrendado por todos ellos y por el Jefe de Gabinete y sometido a la Comisión Bicameral Permanente, por este último en el plazo de diez (10) días, para luego seguir el trámite previsto por la Ley N° 26.122.

Entendemos que los DNU dictados durante la pandemia cumplen con los extremos que la doctrina de nuestra Corte Suprema ha establecido en cuanto a su procedencia formal.

En efecto, si bien nuestro Alto Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de reglamentos de contenido materialmente legislativo, antes de la reforma de 1994, nos interesa destacar la adecuación de estos instrumentos normativos a dos fallos posteriores a ella.

Uno es el precedente “*Verrocchi*”<sup>42</sup> de 1999, en el cual dijo el tribunal que el Poder Ejecutivo no se encontraba facultado para dictar

---

<sup>42</sup> *Fallos*, 322: 1726

disposiciones de carácter legislativo, **salvo circunstancias excepcionales tales como que el Congreso no pudiera reunirse por razones de fuerza mayor o que la situación que requiriese solución fuera de tal urgencia** que no permitiera aguardar el dictado de una ley por parte del Congreso.

El otro es “*Consumidores Argentinos*”<sup>43</sup> de 2010, en el cual la Corte, reforzó la doctrina “Verrocchi” descartando “**criterios de mera conveniencia**” pues la **Constitución Nacional no habilita al Poder Ejecutivo a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.**

Difícilmente podrían cuestionarse seriamente los DNU dictados durante la pandemia del COVID 19, so pretexto de su falta de adecuación a la doctrina cortesana. En verdad la propia dinámica de la crisis sanitaria obliga a dar respuestas casi inmediatas.

Por lo demás, dichos reglamentos están sujetos al control político del Congreso, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 26.122 y, por supuesto, al control judicial.

Aquí queremos detenernos para efectuar dos reflexiones adicionales.

### 5.1. Las falsas disyuntivas

Se han presentado en el debate político y jurídico así como en el análisis de ciertos medios de comunicación dilemas o disyuntivas falsas entre “salud vs libertad”, “salud vs educación”, “salud vs propiedad o vs libertad de trabajar, de comerciar de ejercer industria lícita”, etc.

¿Por qué entendemos que se trata de falsas disyuntivas?

Porque todos esos derechos fundamentales son, a la vez, principios. Una norma-principio tiene que ser cumplida “en la mayor medida de lo posible” y asume el carácter de “mandato de optimización”, dependiendo de las condiciones jurídicas y fácticas<sup>44</sup>. Las normas-principio

<sup>43</sup> *Fallos*, 333: 633

<sup>44</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª edición, 2008, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, ps. 137-138.

no pretenden establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación pues son abiertas y su aplicación variable, por cuanto poseen una dimensión de peso o importancia, ausente en las normas-regla<sup>45</sup>. Se trata, parafraseando a DWORKIN de “una cuestión de principios”<sup>46</sup>.

En cambio, una “norma-regla”, que constituye un “mandato definitivo” y se aplica mediante la subsunción debe ser cumplida o incumplida<sup>47</sup>; no resulta “optimizable”. Si dos o más reglas imputan a los mismos hechos consecuencias jurídicas distintas, la *antinomia* así generada, será resuelta mediante los criterios clásicos de jerarquía (la ley superior predomina sobre la inferior), cronológico (la ley posterior deroga a la anterior) y de especialidad (la ley especial prima, sobre la general).

Estos criterios no son útiles para resolver los conflictos entre principios, porque todos tienen la misma jerarquía, no existe prevalencia temporal entre ellos y la amplitud e indeterminación de sus contenidos impide hablar de especialidad.

En estos casos el método adecuado es el de la ponderación pues permite comparar los derechos fundamentales en conflicto y establecer pautas racionales que nos indiquen cuál de ellos debe prevalecer en un caso concreto por tener un “peso” mayor y cual otro deberá ser desplazado en esa ocasión por “pesar” menos.

El juicio de ponderación, también llamado máxima de proporcionalidad<sup>48</sup> está compuesto, a su vez por tres subprincipios o etapas: a) adecuación, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto.

La adecuación supone evaluar si la medida dictada es apta para alcanzar el fin perseguido: supone un juicio de idoneidad o de eficacia.

La necesidad procura examinar si la medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos del particular, entre todas las eficaces. Exige,

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Marta Guastavino, p. 77.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, 2014, 1ª edición, traducción española.

<sup>47</sup> ALEXÝ, Robert, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, traducción de Jorge M. Seña, p. 75.

<sup>48</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo” en ORTEGA, Luis-DE LA SIERRA, Susana [Coords.], *Ponderación Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 71).

entonces, analizar si el medio escogido es el “menos gravoso” en relación al derecho afectado o bien verificar si la medida escogida se limita a restringir el derecho en lo necesario para el logro de la finalidad. Supone un juicio de eficiencia. En ese orden, la declaración de estado de sitio durante la pandemia, amén de no verificarse en supuesto de “conmoción interior”, hubiera resultado eficaz para evitar contagios, pero, sin lugar a dudas, ineficiente por excesivamente gravosa en términos de restricción de derechos básicos.

La proporcionalidad en sentido estricto supone “balancear” por un lado, los beneficios que representa para el interés público la medida adoptada y, por el otro, la restricción impuesta a los derechos por ella, de modo tal que los medios guarden una *relación razonable* con el fin buscado.

El pronunciamiento de la Corte ante la presentación de la CABA impugnando el DNU 241/21 por el que se dispuso la suspensión de las clases presenciales ante el dramático crecimiento de contagios y muertes, precisamente, y aunque no vamos a entrar a su análisis en detalle, incurre, a nuestro modo de ver, en este error de no efectuar la ponderación de los derechos fundamentales en juego (la salud y la educación), cuando ni siquiera se trataba en el caso más que de una restricción de esta última en cuanto a la presencialidad y de manera temporaria.

La Corte puso un innecesario acento en la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y expuso que el Estado Nacional “...*debió explicar, más que en cualquier otro acto dado el contenido concreto de su regulación, los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, explicitando además la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad*”.

La conclusión de que la medida es “desproporcionada” sin haber llevado a cabo la Corte el juicio de ponderación, aparece así y cuanto menos, como errónea e injustificada.

La medida resultaba proporcionada, por cuanto respetaba el test de ponderación en sus tres etapas: la adecuación o idoneidad frente al fin perseguido (preservar la salud disminuyendo la circulación y con ello la posibilidad de contagios); la necesidad (pues se optó por la medida menos restrictiva del derecho a la educación: el dictado de

clases remotas o virtuales) y la proporcionalidad en sentido estricto (ya que se preservaban el derecho a la salud -estrechamente conectado con el derecho a la vida- y el derecho a la educación restringido sólo en cuanto a la presencialidad). En otras palabras, las ventajas derivadas de la protección al derecho a la salud compensaban, con creces, la restricción causada por esa medida tuitiva. El Máximo Tribunal, en el mejor de los casos, ha efectuado un control de mera razonabilidad, desentendiéndose de las circunstancias fácticas que rodeaban al caso.

Y si bien la Corte Suprema no ha adoptado en su plenitud la doctrina de la ponderación, lo que resulta llamativo por la recepción plena que de ella ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos había elaborado una doctrina superadora del tradicional test de razonabilidad, que prescinde de las circunstancias fácticas del caso, a través de la exigencia del “interés estatal urgente” como pauta legitimadora de la restricción a un derecho fundamental (caso “*Repetto*”<sup>49</sup> de 1988).

O bien, pudo haber echado mano a la doctrina que sentara en los pronunciamientos dictados en “*Hoof*”<sup>50</sup>(2004), y en “*Gottschau*”<sup>51</sup> (2006) En ambos el máximo tribunal se abocó a analizar la razonabilidad de normas que exigían, en el primer caso, ser argentino nativo o hijo de argentino nativo para acceder al cargo de Juez de Cámara (Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y; en el segundo, la condición de argentino nativo o naturalizado como requisito para poder concursar al cargo de Secretario de Juzgado de 1° Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En su discurrir, la Corte partió, invariablemente, de la circunstancia de hallarse ante normas con presunción de inconstitucionalidad, en las que no basta acudir al mero criterio de razonabilidad entendido como “adecuación de medios a fines”; se exige un plus: los fines deben ser *sustanciales* y no meramente *convenientes* y los medios deben, no sólo promoverlos efectivamente, sino que ha de indagarse si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la norma cuestionada.

---

<sup>49</sup> *Fallos*, 311: 2272.

<sup>50</sup> *Fallos*, 327:5118

<sup>51</sup> *Fallos*, 329:2986

En estos casos el tribunal declaró haber adoptado “...un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de impugnación de normativa que goza de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales que gozan de presunción inversa” (del “Considerando” N° 5 de “Gottschau”).

Acaso el respeto a la doctrina que surge de estos pronunciamientos hubiese conducido a la Corte a arribar a una solución distinta?

Es imposible saberlo.

Lo que sí consideramos es que, en los propios términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal: a) mediaba un “interés estatal urgente”; b) los fines perseguidos (la protección del derecho a la salud) eran sustanciales; y c) no nos encontrábamos ante una “categoría sospechosa”.

## **5.2. Un Estado Social y Constitucional de Derecho atendiendo a una emergencia sanitaria no es lo mismo que un Estado Administrativo y Sanitario de Excepción**

Una consideración aparte nos merece la descalificante y peligrosa idea, lanzada desde la doctrina y medios de comunicación, de que estaríamos transitando un “Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”.

Esta opinión, bastante generalizada, entendemos, está conectada con el escrito de Giorgio AGAMBEN publicado al inicio de la crisis sanitaria titulado “La invención de una epidemia”<sup>52</sup>, donde el filósofo italiano sostiene que la epidemia es una excusa de los Estados para declarar un estado de emergencia que les dé facultades extraordinarias para obtener más poder.

Se asevera así, que nos encontraríamos en un “Estado Sanitario” porque todas las decisiones, aun cuando no instrumenten medidas estrictamente sanitarias, pretenden justificarse en la protección a la salud pública. Y es al amparo de la salud pública que se pueden cometer violaciones a los derechos fundamentales de las personas. Por otra

---

<sup>52</sup> Incluido en la obra colectiva: *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*, disponible en <http://iips.usac.edu.gt>

parte se trataría de un “Estado-Administrativo” porque todo su peso descansa en el aparato administrativo, el que debe dar cumplimiento a las normas que él mismo dicta, autoatribuyéndose toda clase de facultades con altas dosis de discrecionalidad.

En nuestra opinión no hay tal Estado Sanitario y Administrativo<sup>53</sup>. En todo caso se trata de un Estado Social y Constitucional de Derecho, abocado a atender una emergencia sanitaria.

La discrecionalidad de la que, se acusa, gozaría la Administración de este tipo de Estado, no es distinta de la que se encuentra investida en tiempos de normalidad, dada la compleja y fluctuante atención de necesidades que debe atender el Estado Social, y proviene de normas programáticas o normas de fin, por las cuales el legislador deja “espacios abiertos” a la actuación del administrador para una más eficaz consecución de los fines públicos.

Por lo demás, toda esta actuación ha estado predeterminada por “juicios técnicos” (la mal llamada “discrecionalidad técnica”), proporcionados por la Medicina la que si bien no puede proveer al administrador de soluciones unívocas, menos ante una enfermedad nueva como el Covid 19, al menos le suministra alternativas probables o tolerables que acotan su margen de discrecionalidad y, a la vez, le brindan fundamento a lo decidido.

## 6. CONCLUSIÓN

Para finalizar, acudimos a una frase de Kant que extraemos de uno de sus relevantes ensayos que nos parece de suma elocuencia en relación al tema tratado:

---

<sup>53</sup> Coincidimos, en cambio, con la idea de que el paso al Estado Social y Democrático de Derecho supone un “Estado Administrativo”, es decir, esencialmente prestador porque debe ejecutar materialmente muchas acciones que permitan a los ciudadanos un estándar mínimo que asegure su dignidad y realización de su proyecto de vida o “procura existencial” (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).



*“El Derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esa libertad concuerde con la libertad de todos, en tanto esa concordancia es posible según una ley universal; y el Derecho Público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal concordancia universal”<sup>54</sup>.*

---

<sup>54</sup> KANT, Immanuel, *Teoría y Praxis*, Leviatán, Buenos Aires, 1º edición, 1984, traducción de Carlos Correas, p. 41.