

## PANDEMIA Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Por Emilio Ibarlucía

Una vez más estamos frente a una gravísima emergencia, pero esta vez la causa no son erradas decisiones políticas de los poderes públicos – actuales o pasados -, sino una pandemia de dimensiones planetarias, que no distingue fronteras entre los países, y cuya superación exige la adopción de medidas extremas de restricción del ejercicio de los derechos constitucionales. El desafío es cómo debe hacerse respetando la Constitución, tanto en cuanto al no avasallamiento de los derechos y garantías como en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales por los poderes públicos, nacional y provinciales como municipales -.

Bueno es recordar que la limitación del ejercicio de los derechos constitucionales es competencia del Congreso Nacional (arts. 14, 17, 20 y 75 inc. 12 C.N.), y las autoridades provinciales y municipales tienen una competencia limitada de poder de policía local. Y es necesario hacerlo porque insólitamente hemos visto cómo gobiernos provinciales y municipales (aún antes que el PEN restringiera la libre circulación) han cerrado la libre entrada y salida de sus égidos territoriales cuando ninguna atribución constitucional tienen para hacerlo (arts. 5, 6, 8, 9, 10, y arts. arriba citados de la C.N.). En el colmo de los colmos, un intendente de un pueblo salteño cargó a la fuerza un grupo de turistas en un camión y los “tiró” en la frontera con la provincia vecina. Los gobernadores e Intendentes municipales pueden y deben colaborar con las decisiones del gobierno nacional pero no arrogarse atribuciones que no tienen.

El Poder Ejecutivo Nacional ha hecho uso de la herramienta de los decretos de necesidad y urgencia para dictar medidas para enfrentar la emergencia. No es cuestionable porque, quizás, pocas veces se ha visto que estén tan claramente configuradas las exigencias del art. 99 inc. 3 de la C.N. (circunstancias excepcionales e imposibilidad de reunión inmediata del Congreso), pero ¿acaso se habla de que la Comisión Bicameral Permanente que dicha norma contempla se va a reunir para tratarlo? Existen serias dificultades; es cierto, pero no es imposible dado que, guardando la debida distancia física pueden hacerlo (se trata, obviamente, de funcionarios exceptuados por el decr. 297/60 de la prohibición de circulación).

Se viene discutiendo si es necesaria la declaración del estado de sitio. En realidad estamos ante un estado de sitio virtual, dado que no otra cosa es la fuerte restricción del ejercicio de casi todos los derechos constitucionales (desde el derecho a trabajar hasta el

derecho de ejercer libremente el culto). El art. 23 habla de “suspensión de garantías constitucionales” porque su texto data de 1853, pero se trata del ejercicio de derechos. Las garantías del habeas corpus y del amparo nunca se suspenden dado que, como ha dicho la buena doctrina y la jurisprudencia siempre pueden deducirse, pudiendo los jueces controlar la razonabilidad de la restricción en relación a los fines que han motivado la declaración del estado de sitio. Tal doctrina está plasmada en el art. 4 de la ley 23.098 de habeas corpus.

La diferencia estriba en que, dictado formalmente el estado de sitio, el PEN puede arrestar y trasladar personas de un punto a otro del país. Por ello es tan delicado esto de la “detención” de personas que todos los días los medios de comunicación informan. Se supone que en realidad se refieren a “demorados” en la libre circulación, porque si efectivamente se trata de detenciones deben ser puestos a disposición del juez competente inmediatamente, y este debe verificar si existen elementos suficientes para la imputación de un delito (arts. 205 o 239 del C.Penal, conforme decr. 260/97), como si se dan las condiciones para no conceder la excarcelación según el pertinente código procesal.

Es que si no se procede de ese modo, el dictado del estado de sitio es inexorable, ya que es la única forma de poner personas a disposición del Poder Ejecutivo (y aún así, como dijimos, el control judicial de tal medida es constitucional y legalmente posible). No nos olvidemos que cuando la causal es la *conmoción interior* (no de otra forma puede calificarse la situación generada por la expansión del COVID 19), sólo lo puede declarar el Congreso si está en sesiones ordinarias (art. 75 inc. 29 CN). Podrá decirse: ¿cómo se van a reunir las cámaras del Congreso si la cercanía física puede provocar el contagio de posibles infectados de coronavarius?, ¿y cómo se van a trasladar los legisladores en aviones hasta la Capital Federal? Entiendo que no es imposible. En primer lugar, podría buscarse implementar la reunión, por ejemplo, en un teatro (y aunque no todos pudieran llegar seguramente se alcanzaría el quórum). La otra forma sería la siguiente: que el presidente de la cámara iniciadora convoque a los legisladores a conectarse “on line” a determinada hora y dar el presente; cuando se alcance el quórum, mandar el proyecto de ley a todos, votar si se trata sobre tablas o no, establecer un tiempo para sugerir agregados o modificaciones y una hora determinada para la votación de los distintos proyectos. Luego, en la cámara revisora seguir el mismo procedimiento. Esto último debería hacerse por firma digital para asegurar la validez del voto (con los debidos resguardos). Es algo que rápidamente puede hacerse y ponerse en práctica, como ya lo

ha hecho, entre otros, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires para la firma de los magistrados. Si se considerara necesaria la modificación de los reglamento de las cámaras bien podría hacerse el mismo día con carácter previo.

Puede parecer sofisticado, pero ¿es que tenemos que a asumir que mientras dure esta grave emergencia el Congreso no tiene que funcionar? De ninguna manera. Es el órgano legislativo donde se expresa la representación del pueblo en su diversidad política e ideológica y donde debe producirse el debate y el control del poder público.

Nunca he compartido las virulentas quejas contra todas las medidas de “emergencia” (considerada por muchos autores la bestia negra del derecho constitucional). Las emergencias – ya sea causadas por malas o pésimas decisiones de los gobiernos o por fenómenos de la naturaleza – existen y deben enfrentarse. El desafío es hacerlo con las herramientas que la Constitución prevé y sin violar los derechos y garantías individuales y sociales (no faltan en la nuestra).

El desafío no es menor porque, según están advirtiendo los más importantes ensayistas de la actualidad – el surcoreano Byung-Chul Han, especialmente -, aparentemente hasta ahora los países más exitosos en enfrentar la pandemia son aquellos donde están fuertemente restringidas las libertades públicas (como China) o donde la sociedad asume que el Estado controle todos los aspectos de la vida (varios países asiáticos). Ello porque por intermedio de la “big data” y la inteligencia digital (además de las cámaras de seguridad por todos lados) el Estado conoce todos los movimientos de los habitantes. No existe protección de datos personales, vida privada, ni posibilidad de actividades disidentes en aquellos régímenes autoritarios. Es lo que el gran historiador israelí Yuval Noah Harari viene diciendo que puede llegar a ocurrir en occidente en sus magníficos libros, y ha advertido recientemente que se avecina con motivo de esta desgraciada pandemia.

Los infectólogos dicen que, aún cuando se descubra la vacuna para combatirla, esta pandemia no será la última y nadie puede decir que no aparecerá alguna otra de origen desconocido. ¿Estamos dispuestos a enfrentar estas desgracias resignando nuestras libertades, apartándonos de la Constitución?