

SAGGIO

Emergencia sanitaria y dicotomía seguridad/libertad

YAMIL CARLOS JALIL

*Universidad Nacional del Comahue***Abstract**

La pandemia en curso ha puesto de manifiesto la paradoja del no-saber. Frente al desconocimiento de su etiología y de respuestas para hacerle frente (que no fuesen aquellas diseñadas en el medioevo), agravadas por la velocidad de su expansión, se ha impuesto el confinamiento y/o restricción de acciones para miles de millones de personas. La mayor parte de los gobiernos, también el de la Argentina, al declarar el 'estado de emergencia', asumieron poderes o facultades excepcionales. Ello impactó tanto en las esferas de protección de ciertos Derechos Humanos (DDHH), como en la separación de poderes, que obra como garantía de ellos. Nos proponemos analizar el concepto y alcance de la emergencia y su vinculación con el estado de excepción que, como fenómeno que invade la esfera jurídica modifica las instituciones, y pone en suspenso partes tan significativas de la Constitución, que deja a los particulares en estado de 'no-derecho'. Es el otro lado de la paradoja: el recurso a la 'emergencia' solo genera más emergencia, más inseguridad, en tanto la imagen que proyecta el discurso dominante es la de una 'nueva normalidad'. Si la Constituciones y los DDHH actúan como mecanismos de inmunización del riesgo que las sociedades crean para sí mismas: ¿cómo diseñar, crear, «anticuerpos» contra la tendencia autoritaria que se desliza bajo las ideas/imágenes de 'emergencia', 'nueva normalidad', 'riesgo'? Señalar los límites del gobierno en emergencia, particularmente en materia de DDHH, es la cuestión que tratamos a partir de la experiencia argentina.

Palabras clave: Pandemia; Emergencia; Inseguridad; Democracia; Derechos humanos.

English version

The ongoing pandemic has exposed the paradox of not-knowing. Faced with the lack of knowledge of its etiology and of responses to deal with it (other than those designed in the Middle Ages), aggravated by the speed of its expansion, confinement and/or restriction of actions has been imposed for billions of people. Most of the governments, including that of Argentina, when declaring a 'state of emergency', assumed exceptional powers or faculties. This had an impact both in the spheres of protection of certain Human Rights (HR), and in the separation of powers, which works as a guarantee of them. We propose to analyze the concept and scope of the emergency and its link with the state of exception that, as a phenomenon that invades the legal sphere, modifies the institutions, and puts such significant parts of the Constitution on hold, that it leaves individuals in a state of 'not-right'. It is the other side of the paradox: resorting to 'emergency' only generates more emergency, more insecurity, while the image projected by the dominant discourse is that of a 'new normality'. If the Constitutions and Human Rights act as immunization mechanisms from the risk that societies create for themselves: how can we design, create, «antibodies» against the authoritarian tendency that slips under the ideas/images of 'emergency', 'new normality'? ', 'risk'? Pointing out the limits of the government in emergency, particularly in terms of human rights, is the issue that we deal with based on the Argentine experience.

Keywords: Pandemic; Emergency; Insecurity; Democracy; Human Rights.

1. Introducción.

El mundo entero se ha visto conmocionado desde que, el 31 de diciembre de 2019, el gobierno chino informó a la Organización Mundial de la Salud haber detectado una misteriosa neumonía que, afirmaban, había infectado para entonces a cuarenta personas en la localidad de Wuhan en ese país.

Aunque la historia da cuenta de muchas epidemias y pandemias desde la antigüedad, la que hoy nos afecta tiene características muy particulares porque amenaza simultáneamente y en forma global a los habitantes de los cinco continentes.

Ante el contexto generalizado de contagios masivos y muerte, la humanidad vuelve a experimentar su vulnerabilidad, en contraste con la creencia, hasta entonces fuertemente arraigada, en una suerte de omnipotencia del ser humano, con sus avances científicos y tecnológicos que parecían llevarnos fatalmente a un proceso de crecimiento lineal, donde incluso la expectativa de vida podía prolongarse cada vez más y más.

Sabemos que las situaciones de emergencia impactan en el Derecho, sea que se trate de circunstancias excepcionales generadas por hechos de la naturaleza, como la pandemia en este caso o terremotos, inundaciones, etc. o a hechos del hombre, sean de carácter político (guerras, conmociones internas, etcétera) o socioeconómico (grandes crisis económicas con impacto social).

Estas situaciones de emergencia provocan usualmente, un fortalecimiento del poder en el órgano a quien le cabe superar la crisis, generalmente el Poder Ejecutivo, ocasionando desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de éstas.

Si bien una emergencia ajustada al orden constitucional no crea nuevos poderes, sí ‘se manifiestan nuevas dimensiones del poder político, un ejercicio más pleno y diverso, superior a su actuación ordinaria’ (Haro, 2003, p. 267).

En las siguientes líneas, nos proponemos analizar el concepto y alcance de la emergencia y su vinculación con el estado de excepción que, como fenómeno que invade la esfera jurídica, modifica las instituciones, y pone en suspenso partes tan

significativas de la Constitución, que deja a los particulares en estado de ‘no-derecho’. Manifestando que el recurso a la ‘emergencia’ solo genera más emergencia, más inseguridad, en tanto la imagen que proyecta el discurso dominante es la de una ‘nueva normalidad’. Si la Constituciones y los derechos humanos actúan como mecanismos de inmunización del riesgo que las sociedades crean para sí mismas: ¿cómo diseñar, crear, «anticuerpos» contra la tendencia autoritaria que se desliza bajo las ideas/imágenes de ‘emergencia’, ‘nueva normalidad’, ‘riesgo’? Señalar los límites del gobierno en emergencia, particularmente en materia de derechos humanos, es la cuestión que tratamos a partir de la experiencia argentina.

2. Emergencia y Derecho.

Adentrándonos en la consideración del concepto de ‘emergencia’ en la ciencia del derecho, existen múltiples definiciones al respecto, acordes con la especial importancia y complejidad de la cuestión, por lo que sólo nos detendremos en algunas de ellas.

Linares Quintana (1956, p. 395) vincula este problema con la subsistencia del Estado y dice que «ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden internacional y hasta la vida del Estado, como las que caracteriza a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un descaecimiento de las garantías de la libertad individual».

A su vez, Bidart Campos (1998, p. 349) sostiene que las emergencias son «situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad».

Además, Bidart Campos nos indica como características fundamentales de estas instituciones, el producir un acrecentamiento de ciertas competencias del

poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se origina una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas (*ivi*, pp. 349-351).

No cabe duda alguna que esta visión nos coloca en la antípoda del principio republicano que postula el gobierno de la ley y no de los hombres ya que propone un estado de excepción en el que no hay Constitución, no hay ley, no hay derechos fundamentales, en suma, no hay nada que esté por encima de la decisión de quien tiene en los hechos la posibilidad de imponer su voluntad a los demás.

Pero, si estas restricciones excepcionales a los derechos fundamentales nacen y se aplican dentro del orden constitucional, ellas se encuentran sujetas también a los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, esto es los principios de reserva de la intimidad y de legalidad (art. 19 C.N.), el principio de igualdad (art. 16 C.N.) y el principio de razonabilidad (art. 28 C.N.), que exige que toda restricción a un derecho, para ser razonable y, por ende, válida, debe estar justificada en una finalidad de bien común, debe ser un medio adecuado para alcanzar el fin propuesto y debe guardar proporción entre la magnitud de la afectación del derecho y el mal que se pretende evitar. Además, si las situaciones de emergencia que pueden legitimar estas restricciones extraordinarias son transitorias y temporales, como hemos visto, necesariamente estas últimas también lo deben ser, como *conditio sine qua non* para su validez constitucional y legitimidad.

El Estado Constitucional de Derecho puede defenderse legítimamente a sí mismo y al bien común mediante institutos de emergencia generados en su propio seno y sujetos a límites y controles. Pero en otros casos, la situación de emergencia o necesidad termina generando una suerte de consenso en una concentración del poder en grado extremo que nos coloca frente a un supuesto de «destrucción, desplazamiento o suspensión de la Constitución», que se da cuando ésta «va perdiendo vigencia ante el avance de vigencias contrarias, que significan la afirmación de una constitución nueva y distinta, normada en general extralegalmente y a veces parcialmente mediante leyes anticonstitucionales» (Bidart Campos, 1964, p. 182).

Es, en definitiva, la noción de estado de excepción, entendido como la facultad por principio ilimitada que tiene un soberano para dictar la suspensión del orden vigente en su totalidad, por lo que considera que es soberano quien decide el estado de excepción.

Ese parece ser hoy el dilema de los Estados Constitucionales del mundo entero: afrontar la situación de emergencia global provocada por la pandemia desde institutos de emergencia generados dentro de sus respectivos órdenes constitucionales y, por tanto, sujetos a límites y controles o bien, provocar una destrucción, desplazamiento o suspensión de sus constituciones para lograr una mayor eficacia en ese objetivo.

3. La emergencia sanitaria por Covid-19 en la Argentina.

Debemos comenzar reiterando que, como ya se ha analizado, está fuera de toda duda que la situación generada por la pandemia de Covid-19 constituye una verdadera situación de emergencia global, pero en la Argentina se da la peculiaridad de que ésta irrumpe en un marco de crisis preexistente, motivada en gran medida por problemas económico-financieros, que ya había causado la declaración por el Congreso de la Nación de la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social mediante Ley 27.541 sancionada el 21 de diciembre de 2019.

El poder ejecutivo se apoyó en la emergencia declarada por aquella ley, cuyos alcances fueron ampliados por un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 260/20). Sobre la base de esa emergencia así declarada, se dispusieron en ese mismo acto las primeras restricciones a los derechos, que originariamente fueron muy leves, principalmente medidas preventivas, suspensión transitoria de vuelos de zonas afectadas y aislamiento obligatorio por 14 días para contagiados, casos sospechosos, contactos estrechos y quienes arribaban desde zonas afectadas.

Pero a partir de allí se originaron una sucesión de Decretos de Necesidad y Urgencia que generaron un grado de restricción a los derechos que no estaban previstos desde un inicio. El aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU 297/20 del 20/3/20 importó la obligación de toda persona, como regla, de permanecer en su residencia o en el lugar en que se encontrara a las 0 horas del

día 20 de marzo, de abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Esa medida, que originariamente se dispuso para tener vigencia hasta el 31 de marzo, fue prorrogada en su vigor de manera sucesiva hasta llegar al 24 de mayo del año 2020, aunque con flexibilizaciones (mayor cantidad de personas exceptuadas) en zonas con menor contagio.

Hay que recalcar que se advierte una clara intención de enmarcar las medidas de emergencia declaradas dentro del orden constitucional. Prueba de ello es el hecho de que en la fundamentación del decreto mencionado en último término se invocan las disposiciones del artículo 14 de la Constitución Nacional y también las de los artículos 12 inc. 3° del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 22 inc. 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que prevén las razones de salud pública como causales que habilitan restringir el derecho de libre circulación y residencia.

Manifiestamente hay en los fundamentos del decreto una argumentación que permite descartar una voluntad de apartarse del orden constitucional. Podría cuestionarse que el encuadramiento se haya hecho en disposiciones que se refieren al ejercicio ordinario del poder de policía de salubridad, cuando en rigor estamos frente a restricciones graves y excepcionales que más bien deberían buscar anclaje normativo en el artículo 4 del PIDCP, en el artículo 27 de la CADH y en la doctrina jurisprudencial de la emergencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las normas se fundan en una emergencia sanitaria previamente declarada por ley, que resultó fuertemente agravada por la llegada de la pandemia.

Por lo tanto, no requiere demasiado esfuerzo para comprender que la norma que nos ocupa no sólo restringía la libertad de circulación, sino que ella afectaba también una inmensa cantidad de derechos y libertades constitucionales. Se vio afectada la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita y la de comerciar, salvo para aquellos que se dedican a una de las actividades exceptuadas; también la libertad de ingresar al país a consecuencia del cierre de fronteras, lo que resulta particularmente gravoso para los argentinos que por cualquier motivo se encontraban fuera del país transitoriamente a la fecha de adopción de tales medidas. Estaban restringidas también fuertemente la libertad religiosa y la libertad de

reunión, ya que no estaban permitidas estas últimas, ni las ceremonias religiosas públicas.

Y, aunque las restricciones se atenuaron con el uso de la tecnología y las modalidades virtuales, también estaba afectada la libertad de enseñar y aprender.

Además, otras normas complementarias que se han ido dictando afectaron otros derechos como el de propiedad, con el congelamiento de cuotas hipotecarias o de alquileres con más prórroga de contratos y suspensión de desalojos (DNU 320/20 del 29/3/20). También la libertad de contratación con la prohibición de despidos (DNU 329/20 del 31/3/20).

Los casos mencionados alcanzan para comprender que es tan amplia la nómina de derechos cuyo ejercicio aparecieron restringidos y que aún hoy en día continúan restringidos pero en menor grado, que en la práctica, la regla de la libertad del artículo 19 Constitución Nacional según la cual lo que no está prohibido por la ley está permitido, parece haberse invertido y hoy, en general, si lo que quiero hacer no está permitido expresamente (comprendido en una excepción) es altamente probable que esté prohibido.

Lo dicho no importa abrir juicio sobre la validez de las restricciones mencionadas que, si bien hemos dicho son graves, también es de increíble gravedad el riesgo para la salud pública que provoca la pandemia. Lo que he pretendido al enumerar los derechos afectados es simplemente poner en evidencia que no se trata aquí del mero ejercicio del poder de policía sanitario ordinario, sino de poner en vigencia un instituto de emergencia de carácter general.

Parece apropiado haber enfrentado esta situación de emergencia como un instituto de emergencia no regulado en el texto de la Constitución, a semejanza de lo que aconteció con la emergencia económica. Hay quienes han discutido que si era conveniente haberse declarado el estado de sitio para dar sustento constitucional a las restricciones a los derechos que se imponen, pero esa postura pierde de vista que este instituto ha sido previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional como un instituto para hacer frente sólo a las emergencias políticas.

Aunque concibamos, haciendo un esfuerzo, que la pandemia podría asimilarse al supuesto de ‘conmoción interior’ que prevé esa norma, no habría forma de sostener que ella pone en peligro el ejercicio de la Constitución Nacional

o las autoridades creadas por ella, que es el otro requisito que prevé la norma para configurar la causal.

Además, el estado de sitio ha sido ideado para otro tipo de casos y, por eso, las atribuciones especiales, excepcionales que se le asigna al Presidente, además de poder imponer restricciones más graves a los derechos que las tolerables en tiempos de paz social, se circunscriben respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.

Por lo tanto, era necesario la declaración de emergencia sanitaria por ley, para habilitar las restricciones excepcionales a los derechos, cuya validez constitucional y legitimidad deberán ser objeto de contralor judicial de razonabilidad en los términos y con los alcances de la doctrina de la emergencia a la que ya nos hemos referido.

Ahora bien, existe al menos una cuestión que resulta ser necesariamente observada en cuanto a la vigencia efectiva de esta emergencia sanitaria en la Argentina. Es que, la inacción de los Poderes Legislativo y Judicial, han puesto en riesgo el principio republicano porque traspasa en la práctica una cuota de poder al Ejecutivo que resulta incompatible con aquél. En efecto, si la emergencia permite un ejercicio más enérgico por parte del Presidente de sus atribuciones constitucionales, en igual medida debiera fortalecerse la energía del control de parte de los otros dos poderes. En lo político y económico financiero el Poder Legislativo y el Judicial en lo jurídico, controlando que las restricciones a los derechos se ajusten a los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad.

4. Los derechos humanos en tiempos postcovid

La pandemia originada por el virus Covid-19 ha provocado importantes reflexiones sobre el futuro que nos espera una vez que la amenaza se haya disipado. Transcurrido casi dos años de que el primer caso se presentó en Wuhan, provincia de Hubei, en China, la única certeza que parece haber es la de que todo es incierto

Paradójicamente, el renacer de la idea de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad humana, luego de la segunda posguerra, se ha visto acompañado, en más de un sentido contradictorio, por el ascenso y consolidación de un modelo de organización social que, basado en la aplicación de los principios

y los métodos del mercado a la gestión del ámbito público, ha hecho del Estado una suerte de gerente, orientando sus funciones en un sentido lamentablemente opuesto al que busca consolidar el ideal contemporáneo de los derechos humanos.

Durante la década de 1970, surgió un coro de críticas dirigidas al Estado de bienestar, acusaciones como el paternalismo, el autoritarismo invasivo en el ámbito privado, la incapacidad para resolver un enorme conjunto de problemas sociales, la creación de sujetos dependientes del asistencia social, la sobrerregulación de los negocios, el sofocamiento de la iniciativa, estas y otras afirmaciones eran parte de una corriente emergente de oposición que se consolidó gradualmente en la política del neoliberalismo.

Esta reacción no involucró un regreso al modelo del liberalismo clásico del *laissez-faire* sino que fue más allá para hacer que el Estado mismo imite al mercado:

En este proceso, necesariamente el riesgo fue reevaluado y reformulado como una estrategia positiva de aplicación general y tuvo que ser adaptado a nuevas formas institucionales. El sector privado mismo paso a ser criticado por ser insuficientemente innovador y demasiado limitado por la sumisión al espíritu anti empresarial de los planificadores y burócratas económicos (O'Malley, 2006, p. 181).

La imagen de los individuos comunes fue revisada nuevamente, ahora todos deben hacer de sus vidas una empresa. Esta nueva afirmación fue más allá de la creencia del liberalismo clásico acerca de que las personas deben ser expuestas al riesgo para generar una mayor independencia y responsabilidad. Más bien exige a los individuos que adopte el riesgo positivamente, que inviertan en el mercado, que creen su propio negocio, que vuelvan a ser empresarios y pequeños capitalistas por mérito propio.

Se espera que los individuos eviten tanto como sea posible los riesgos negativos como puede ser el delito, malos hábitos de salud o el desempleo. Pero los individuos deben hacerlo activamente y en su propio nombre, deben pasar a ser sus propios gestores de riesgo, asumir los riesgos de sus decisiones y determinar la proporción de toma y evitación de riesgo que se adapta a sus preferencias y situaciones personales. Gestionar riesgos positivos y negativos es parte de la vida cotidiana, el riesgo ahora no es el problema, sino es la solución a todo tipo de problemas desde la dependencia de la asistencia pública y la falta de capacidad de

respuesta de la burocracia, hasta la ineficiencia económica y la escala del gasto estatal.

En consecuencia, ni políticas de asistencia social ni prácticas de incremento de los marcos de tolerancia social son funcionales, sino que deben ser superadas:

Se produce un retorno a lógicas individualistas, impulsadas por la retórica de la elección racional, que consolidan un individualismo competitivo, en los que se desarrollan planteamientos de responsabilidad personal, de culpabilización del excluido, que aparece como responsable de su situación por su falta de esfuerzo y por su descuidado comportamiento (Garland, 2005, p. 317).

«En adelante, la inclusión de tales sujetos deberá quedar condicionada por lo demás siempre problemáticamente alcanzable de la capacidad de consumo» (Berardi Bifo, 2003, p. 151).

Esto también implica una readaptación del derecho en la gestión de riesgos, lo primero que se destaca es que en tal labor el derecho se enfrenta a unos niveles de marginación social no sólo normalizados, asumidos como insuperables, sino crecientes. No parece problemático entender que la retirada del Estado del campo económico, la contracción de la cobertura welfarista, o los nuevos modelos productivos, generadores de desempleo estructural y de precarización masiva, han determinado una proliferación cualitativa y cuantitativa de la exclusión social.

La manera en que el derecho se enfrenta a esta exclusión social creciente se ve determinada por algunas notas particulares que en la actualidad presentan estos fenómenos de marginación.

El primero de esos rasgos característicos es el de la excedencia. A diferencia de lo que ha sucedido en la etapa del Estado Social keynesiano, y de manera más próxima a lo acontecido en épocas anteriores a ella, la marginación social se presenta en la actualidad como excedencia pura de determinados sujetos y grupos sociales.

El fenómeno de la excedencia se manifiesta de diversos modos:

En primer lugar, como excedencia productiva, en la medida en que la revolución tecnológica experimentada por los procesos de producción en las últimas décadas parece haber generado una necesidad cada vez menor de fuerza de trabajo (Capella, 1997, p. 247).

Como consecuencia de ello, una parte creciente de la fuerza de trabajo se deriva hacia un sector terciario progresivamente precarizado, hacia un conjunto de

modalidades de desocupación, infraocupación y de ocupación laboral irregular, incrementando en términos cuantitativos los grupos sociales excluidos o en riesgo de exclusión.

Este proceso se ve reforzado por la reducción de los ámbitos de cobertura de la seguridad y asistencia social. La excedencia, desde ésta perspectiva, se manifiesta en el marco de una contradicción profunda: la que se da entre una inclusión social y económica, la que se basa principalmente en la ganancia, que sigue estando fundamentalmente condicionada por el trabajo asalariado, y la progresiva escasez de éste, cuando menos en las modalidades clásicas y estables que permitían esa plena inclusión.

La excedencia deriva, por tanto, de la imposibilidad de seguir garantizando, como era propio de la etapa del Estado bienestar, la inclusión social a través del trabajo. Al tiempo, la excedencia se refuerza igualmente desde la perspectiva del consumo. En un proceso de progresiva privatización y mercantilización de todo género de bienes y servicios, la inclusión social queda cada vez más condicionada por la capacidad de consumo, que es lo que en realidad permite el acceso a la satisfacción de necesidades básicas.

Entonces, los sectores sociales excluidos, o en riesgo de exclusión, inútiles por su incapacidad de consumo, se tornan prescindibles, excedentarios.

Un segundo rasgo que caracteriza los fenómenos de exclusión social en el presente, y que, en consecuencia, da forma a los dispositivos de control social que se enfrentan a su gestión, es el de la movilidad. Los sujetos y grupos excluidos, por su propio carácter excedentario, no puede ser sometidos a un proceso de normalización, de disciplinamiento; ello los convierte en más imprevisibles, en otras palabras, dotados de mayor peligrosidad. Pero además, esta peligrosidad se ve fortalecida por la idea de movilidad.

En la etapa global actual, si bien la movilidad humana quizás no es muy superior, en términos relativos, a la de otras etapas históricas, sí presenta una característica novedosa que la convierte en un fenómeno de más difícil gobernabilidad: se trata de movilidad de sujetos tendencialmente excedentarios. En consecuencia, los flujos migratorios, a diferencia de lo sucedido en el pasado, en el que constituían generalmente factores básicos para el desarrollo económico, hoy

operan sobre todo como elementos de inestabilidad, de desorden, en una palabra, de inseguridad, y esa inseguridad se refuerza por la imposibilidad de recurrir a una estructura general disciplinaria, hoy en crisis.

Frente a sectores sociales que se exponen como excedentes, y cuya creciente movilidad social intensifica su inherente peligrosidad, la lógica de aproximación funcional de los dispositivos del derecho ya es simplemente de control, es decir como orientación fundamental de la gestión de los riesgos que tal marginación social permanente puede engendrar.

En dicho contexto, la situación de aislamiento por el covid-19, perceptible como lo ha estado por la desigualdad y por la desventaja, no sólo no ha significado actitudes más solidarias entre las personas, sino que ha exacerbado la división socioeconómica entre los favorecidos y los prestadores de servicios.

Asimismo, ha impulsado el deslizamiento de la cotidianidad hacia el mundo virtual y ha acrecentado las brechas laborales y educativas; opera desincentivando el contacto comunitario y fomentando la consolidación de las comunidades privadas de nuevos ciber consumidores para quienes los derechos humanos no son más que productos básicos accesibles a través del nuevo mundo virtual. Todo ello con el respectivo desplazamiento de los precarios, los reemplazables, a zonas de exclusión donde los derechos humanos son apenas parte de una aspiración de justicia que difícilmente puedan alcanzarse en este contexto.

5. Desafíos de las democracias.

La emergencia sanitaria nos desafía hoy a la clásica dicotomía entre seguridad y democracia. Seguridad que hoy se convierte en la preservación de la vida y de la salud; democracia, porque significa la garantía del ejercicio pleno de derechos y libertades.

En tal sentido la dicotomía seguridad/libertad genera tensiones en la democracia porque la garantía de los derechos es la base de esta forma de gobierno. Es por ello que en democracia podemos y debemos discutir la razonabilidad, necesidad, proporcionalidad de las restricciones y limitaciones a nuestros derechos como medidas excepcionales para atender una situación de emergencia. Es éste el punto donde la democracia se diferencia de los regímenes autoritarios, ya que en

éstos no hay dilema, pues ahí la garantía de los derechos se sustituye por la imposición.

Reconociendo que el contexto nos obliga a analizar los alcances de distintos derechos y libertades, las medidas de emergencia son y deben ser excepcionales, de forma tal que las restricciones adoptadas en este contexto y para su enfrentamiento, no pueden formar parte de la normalidad democrática y convertirse en una puerta abierta para transitar hacia el autoritarismo.

Por ello es importante establecer una distinción entre los escenarios de ‘normalidad’ y de ‘anormalidad’ democrática en relación con el ejercicio de los derechos. Esto debe ser entendido, de que incluso los escenarios de anormalidad deben estar siempre sujetos al Estado de derecho, tanto desde el derecho internacional de los derechos humanos, como desde las constituciones de cada uno de los Estados democráticos y ofrecer una solución jurídica a los contextos de anormalidad extrema.

Los Estados democráticos deberán contemplar, a su vez, supuestos, alcances, límites y controles sobre el mismo, ya sea de revisión constitucional jurisdiccional, de control político o incluso la aprobación por parte del órgano de representación, precisamente para poder hacer frente a la excepcionalidad, pero como un medio para retornar a la normalidad constitucional.

La existencia y efectivo funcionamiento de los contrapesos entre los poderes del Estados también se pone en tensión en el marco de una emergencia sanitaria. En los Estados de excepción, existe una tendencia natural de otorgar amplias atribuciones al Poder Ejecutivo, precisamente por la flexibilidad que requiere para afrontar la emergencia. Sin embargo, ello no debe ser al margen de la supervisión y el control que los otros poderes y la sociedad deben ejercer respecto de las medidas específicas adoptadas. Es justamente en el ejercicio de las facultades de cada uno de los poderes, incluso en los contextos de ‘anormalidad’ propios de la excepcionalidad, que se sitúan límites a la arbitrariedad y se garantiza el retorno a la ‘normalidad’ democrática, para asegurar que las medidas adoptadas sean realmente transitorias y atiendan la emergencia sólo en lo estrictamente necesario.

Sin embargo, si observamos lo que ha ocurrido en los últimos meses en distintos países, la práctica en muchas ocasiones se ha diferenciado de estos

estándares y ha provocado riesgos muy concretos a las democracias. Si bien las características de la emergencia sanitaria podrían justificar las medidas, éstas han sido impuestas, en un número importante de casos, al margen de los mecanismos constitucionales de las distintas naciones para decretar estados de excepción, que en sí mismos están sujetos a controles más estrictos, a través de la emisión de disposiciones gubernamentales administrativas sin el debido control político de los congresos o de los órganos jurisdiccionales.

El riesgo de dichas prácticas son las tentaciones que conllevan, especialmente en regímenes con tendencias autoritarias, para aprovechar estas circunstancias para gobernar por decreto, incluso con posterioridad al estado de excepción, al margen de cualquier control o contrapeso estatal, y anulando o reduciendo los márgenes de control y supervisión del resto de los poderes.

El peligro se agudiza al reconocer que las prácticas observadas no sólo derivan de actuaciones fuera del marco constitucional de los respectivos presidentes, sino del hecho de que, en parte por su naturaleza colegiada se requiere de espacios de discusión y deliberación previa a la toma de decisiones y que el ejecutivo no presenta por su carácter unipersonal, los otros poderes no están realmente preparados para reaccionar o hacerlo oportunamente ante una situación de emergencia.

A la par de las restricciones a la movilidad y al derecho de reunión, también hemos visto en distintos países que han limitado otros derechos y libertades cuya restricción no parecería justificarse en la propia pandemia. Sólo por citar algunos ejemplos, en este supuesto se encuentran las restricciones a la libertad de expresión o al derecho a la información, que generan contextos indebidos de censura e imposibilitan que la sociedad cuente con toda la información debida y necesaria respecto de una emergencia sanitaria en la que su vida y su salud están en riesgo; de igual forma limitan la posibilidad de generar contextos de exigencia y de escrutinio público, desde la propia sociedad y los medios de comunicación, en cuanto a las medidas adoptadas desde el Estado para enfrentar a la pandemia.

Esta cuestión resulta aún más relevante al considerar tanto los poderes extraordinarios como la ‘anormalidad’ democrática en la que tales hechos se presentan.

Un riesgo adicional, que si bien no se deriva de la pandemia, pero es consecuencia de la misma, es el hecho de que toda la atención pública se haya centrado en ella y sus efectos, provocando que la emergencia haya propiciado la pérdida de atención o bien no haber visibilizado causas, luchas y actores que ya de por sí eran poco visibilizados antes de la pandemia.

Esta situación ha dado un amplio margen a la adopción de medidas que en un contexto de normalidad habrían enfrentado una oposición pública importante, así como a la desatención aún mayor de otras necesidades de grupos específicos o de la población en general.

6. Conclusión.

A modo de conclusión, podemos decir que las tensiones y los riesgos de las democracias en contexto de la pandemia están íntimamente ligadas a las fortalezas o debilidades preexistentes de las instituciones que soportan los gobiernos democráticos y la forma en que esa institucionalidad es capaz de garantizar la realización de los derechos humanos; y que ésta se ejecute a partir de los diferentes roles de frenos y contrapesos que las distintas ramas del poder público deben cumplir en cualquier contexto. Es decir, la pandemia se ha convertido en una dura prueba para la institucionalidad democrática de nuestros países.

Las mayores tensiones en la toma de decisiones frente a la pandemia han girado en torno a las dicotomías seguridad/libertad y seguridad/derechos, no como dos partes complementarias sino separadas, como si fueran excluyentes entre sí.

Es por ello que si bien podemos estar de acuerdo en que los gobiernos se han visto en la necesidad de adoptar medidas que restringen derechos y libertades, resulta indispensable generar un contexto de exigencia para que éstos cumplan con el objetivo de la protección de salud pública, respetando los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. No podemos olvidar que el fin último de toda decisión que se tome en este contexto debe ser el retorno a la normalidad: el Estado de derecho en vigencia completa de la Constitución, en ejercicio pleno de los derechos de las personas.

Los problemas que de forma diferenciada vienen acarreado las democracias desde antes de entrar en la pandemia, como inseguridad, falta de rendición de

cuentas, corrupción, impunidad y violaciones a los derechos humanos, así como las fragilidades institucionales que les han dado origen, no se resolverán por arte de magia por el hecho de encontrarnos en una situación de emergencia.

Todo lo contrario, se corre el riesgo de agravarse ante la reducción de los márgenes de actuación de los controles y los contrapesos estatales, y ante el uso, en muchos casos excesivo, de la fuerza para imponer las medidas de excepción. Es por ello que, en este contexto, resulta de vital importancia preservar a plenitud los ámbitos de actuación de los mecanismos informales de control que se ejercen a través de los medios de comunicación o de la sociedad civil organizada; así, la garantía del ejercicio pleno de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información se tornarían fundamentales.

Bibliografía

- Berardi Bifo F. (2003). *La fábrica de la infelicidad*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- Bidart Campos G. (1998). *Manual de la constitución reformada-Tomo 2*, Buenos Aires: Ediar.
- Id. (1964). *Derecho Constitucional- Tomo 1*, Buenos Aires: Ediar.
- Capella J. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid: Trotta.
- Garland D. (2005). *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa.
- Haro R. (2003). *Curso de Derecho Constitucional Argentino-Tomo II*, Córdoba: Advocatus.
- Linares Quintana S. (1956). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional-Tomo 5*, Buenos Aires: Alfa.
- O'Malley P. (2006). *Neoliberalismo, riesgo y justicia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.