

Título: [Control judicial en estado de emergencia por pandemia](#)

Autor: [Biglieri, Alberto](#)

Publicado en: [RDA 2020-130, 04/08/2020, 48](#)

Cita Online: [AR/DOC/2158/2020](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Estado de emergencia.— III. Potestades extraordinarias.— IV. Control judicial.— V. Conclusiones.

[\(*\)](#)

I. Introducción

Los programas de estudio y las agendas de discusión que impulsan el normal y habitual desarrollo de la ciencia del derecho quedan soslayados o inclusive se ven suspendidos ante asuntos de actualidad de especial trascendencia, que atraviesan a la sociedad de forma horizontal.

Asistimos a una crisis global producto de la propagación del virus COVID-19, declarada como una pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) [\(1\)](#), organismo internacional de máxima autoridad sanitaria, que ha provocado en las autoridades estatales de los países afectados diversas reacciones para preservar la salud de sus habitantes.

Nuestro país no ha sido la excepción, y ante el incierto escenario que plantea esta crisis se han adoptado medidas de emergencia lideradas por el Gobierno nacional en colaboración con los gobiernos subfederales, que dieron comienzo con la declaración de emergencia pública y alcanzaron su mayor intensidad con el establecimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, mediante decretos de necesidad y urgencia 260/2020 y 297/2020 [\(2\)](#), respectivamente.

En este estado de situación, y durante la prolongación de las medidas de aislamiento obligatorio, vemos multiplicarse las causas judiciales generadas por efecto de las medidas que resulten necesarias para administrar el estado de emergencia.

Por ello, parece oportuno repasar y analizar la relación entre los poderes del estado en estas circunstancias de excepción, en particular las potestades extraordinarias del administrador y los alcances del control judicial sobre su adecuada y razonable utilización.

II. Estado de emergencia

En primer lugar, para los fines propuestos conviene encuadrar correctamente lo que se puede entender como estado de emergencia, atendiendo las excepcionales circunstancias de hecho que se deben configurar conforme a los supuestos establecidos por la Constitución Nacional.

La Ley Fundamental, en su art. 23 prevé casos de "conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución o de las autoridades creadas por ella" y para esas circunstancias acuerda el remedio del estado de sitio.

Luego, en los arts. 75 (incs. 25 y 29) y 99 (incs. 15 y 16), establece en los órganos políticos creados por la Constitución, el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo de la Nación, las atribuciones para determinar cuándo se configuran los presupuestos previstos y para hacer efectivos los remedios contemplados para las mencionadas circunstancias excepcionales.

A partir de la última Reforma Constitucional, del año 1994, se incorporaron la "emergencia pública" y las "razones de necesidad y urgencia", en los actuales arts. 76 y 99 (inc. 3º) respectivamente, ampliando el marco normativo para los decretos delegados y de necesidad y urgencia, que ya habían sido favorablemente recibidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [\(3\)](#).

Es de destacar que todos los supuestos de emergencia previstos requieren de parte de los órganos políticos la determinación del estado de emergencia, a raíz de la comprobación de las excepcionales circunstancias de hecho, y su posterior administración en esa misma línea.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha producido numerosa jurisprudencia que nos permite definir con mayor precisión el contorno de este concepto jurídico.

En ese sentido, el Máximo Tribunal ha reconocido diversos supuestos de hecho como "la existencia de una crisis o un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos o de otra índole" [\(4\)](#), "[c]uando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país" [\(5\)](#), o "situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza" [\(6\)](#).

Podemos decir, entonces, que el estado de emergencia se puede configurar por diversas situaciones, pero tanto la normativa como la casuística y su correspondiente jurisprudencia comparte características comunes.

Con mayor claridad Sagüés afirma: "La emergencia se caracteriza por su modo de ser extraordinario, grave y amplio en sus efectos, y la urgencia imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla" (7).

III. Potestades extraordinarias

Los efectos institucionales de lo que podemos llamar una doctrina estatal de la emergencia, desde una perspectiva de la teoría constitucional, nos remite a la organización política, administrativa y jurídica del Estado.

Una de las principales características del estado de emergencia es la reconfiguración de las competencias legales y funcionales asignadas por la constitución. Esto se da tanto con un desplazamiento de las potestades de los órganos constitucionales de unos a otros (poder legislativo a poder ejecutivo), como con un acrecentamiento de esas potestades y consecuente disminución de las libertades individuales (8).

Los fundamentos normativos de estas potestades extraordinarias los mencionamos recientemente al repasar los instrumentos constitucionales de la emergencia, declaración de guerra y estado de sitio, reglamentos delegados y decretos de necesidad urgencia, entre otros. Pero es aún más relevante en este punto revisar los fundamentos intrínsecos de lo que la Corte Suprema admitió como el ejercicio de los poderes del Estado "en forma más enérgica que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad" (9).

Los supuestos del estado de necesidad por emergencia responden a una serie de peligros a los que se ve sometida la sociedad en su conjunto o el propio funcionamiento de las instituciones que esa misma sociedad ha elegido para su funcionamiento y gobierno. Las potestades extraordinarias en estas especiales ocasiones podrán disminuir las libertades individuales para hacer frente a ese peligro por el bien común. Sobre ello Hutchinson explica: "El estado de normalidad no es igual que el de excepción o emergencia y en este está en juego el interés general sobre el particular y la supervivencia del sistema y de sus instituciones" (10).

En palabras de nuestro Máximo Tribunal "acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios" (11), y "la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos" (12).

En definitiva, son los órganos políticos quienes están facultados para declarar los estados de necesidad y esto conlleva la facultad y el deber de adoptar los remedios necesarios hasta la superación de ese estado.

Así lo expresa la Corte Suprema al decidir sobre los poderes del Gobierno nacional en el marco de la Segunda Guerra Mundial, en su precedente del año 1948 "Merck" (13), citando a la Suprema Corte de los Estados Unidos: "el poder de declarar la guerra presupone el derecho de hacer la guerra. El poder de declarar la guerra, necesariamente envuelve el poder de llevarla adelante y este implica los medios" (14).

En ese sentido, ante situaciones de emergencia las medidas que pueden y deben adoptar los poderes políticos, legislativo o ejecutivo, necesariamente incluyen el conjunto de normas y de acciones que se dicten y ejecuten en consecuencia (15).

Es importante destacar en este punto que ese conjunto de normas y acciones podría extenderse a los de gobiernos provinciales, cuando estos actúen como agentes del Estado federal, a los fines impulsados por las autoridades de este último en el marco de la emergencia, conforme las responsabilidades consagradas en el art. 128 de la CN.

IV. Control judicial

Ante los escenarios que plantea el estado de emergencia y las particularidades que hemos detallado, los órganos del poder judicial tendrán un rol de control sobre las medidas y acciones adoptadas por los otros poderes del Estado.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce que la legislación de emergencia, su gravedad y las medidas que se escojan para remediarla están exentas del control judicial para revisar la decisión o la oportunidad de aplicación de aquellas medidas.

En tal sentido, el máximo tribunal ha expresado que "los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad" (16).

Los especialistas coinciden en que el control del poder judicial es necesario, pero no debe ser sobre lo que se entiende por cuestiones políticas, las que se encuentran reservadas para los poderes políticos (17).

En palabras de Rossatti, "[e]ste control, dentro de la esfera judicial, no debe incursionar en el primer nivel de análisis (fundamentos políticos —oportunidad, mérito o conveniencia— de la declaración de la emergencia), pero sí debe ingresar —hasta donde le sea posible— en el segundo nivel de análisis (consistencia de las medidas

propuestas en orden a la emergencia dispuesta y en atención a los derechos e intereses en juego) y lógicamente debe penetrar inexcusablemente en la ponderación de la razonabilidad y pertinencia de la aplicación de lo dispuesto en los casos concretos" (18).

En esos términos podemos delinear los aspectos de la emergencia y los actos de gobierno que derivan de esta que sí se encuentran sujetos a control, es decir fuera de la esfera de reserva de la administración. Estos son la acreditación de las circunstancias de hecho que causan el estado de necesidad, la proporcionalidad y razonabilidad entre los efectos de la emergencia y las medidas adoptadas para atenuarlos o suprimirlos.

En ese sentido, Hutchinson dice: "Es un acto político sujeto a control de razonabilidad, proporcionalidad y arbitrariedad por parte de la autoridad judicial" (19).

Una situación de especial relevancia durante la labor de los jueces en su efectivo control constitucional sobre los actos y medidas en tiempo de emergencia es, sin duda, la prudencia en la importante tarea de control, con respeto al principio de la división de poderes. La emergencia erige un propio sistema regulatorio en el cual la distribución de funciones de los órganos estatales debe lucir con la mayor independencia y la menor injerencia posible. Se instala un nuevo horizonte (emergente y pasajero) de finalidades públicas que no se puede obstaculizar por tensiones particulares o sectoriales. En tiempos así, el legislador suma responsabilidad y debe esforzar en su tarea el ejercicio de un control a priori de juridicidad de las normas marco de la emergencia con las que habilita las actividades exorbitantes de la administración de la emergencia.

En ese sentido, es útil recordar la regla o teoría de la deferencia, reconocida doctrina del derecho administrativo en los tribunales de los Estados Unidos (20).

Según Bianchi, el alcance de la regla citada se puede enunciar en la frase "la interpretación administrativa de los términos de una ley tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor, a menos que aquella sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea" (21).

En lo que se refiere a las atribuciones de los jueces en situaciones de emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como adelantamos, ha sentado un claro criterio en el renombrado caso "Bustos" (22), en el que señaló: "Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar".

Es, en definitiva, un razonamiento que ordena a las pretensiones individuales para que sean meritadas teniendo en cuenta la situación del país en el momento del acontecimiento de los hechos; de lo contrario "sería gravemente imprudente dejar de considerar las consecuencias de un fallo de esa Corte en las presentes circunstancias un fiat iustia paream ego perem mundis, hacer justicia aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llama justicia" (23).

Además de la cita anterior, Alberto Bianchi señaló en más de una oportunidad que, en casos de gran importancia institucional, el Poder Judicial, al igual que sucede en el caso norteamericano, concede un alto grado de deferencia o tolerancia a las interpretaciones administrativas de los términos de una ley, teniendo esta última un peso decisivo en la decisión del tribunal revisor, a menos que ella sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea (24).

El mismo Tribunal Supremo ha entendido la intensidad para la aplicación de ese criterio como una presunción de constitucionalidad de los remedios dispuestos por el Estado para afrontar una emergencia (25).

Respecto del control de constitucionalidad en el marco de aplicación de medidas cautelares, que pudieran hacer perder vigencia o tornar ineficaces los actos dictados por los órganos políticos, la Corte Suprema ha establecido la necesidad de aplicar criterios especialmente estrictos para su evaluación, en pos de salvaguardar el principio constitucional de división de poderes (26).

Y debe primar ese criterio preferentemente cuando se trata de medidas cautelares interpuestas en situación de emergencia, contra normas dictadas a efectos de superar esa situación.

Un dato de color ofrece la judicialización previa de las medidas que hacen falta para propender al normal funcionamiento de la vida institucional de la Nación. Recientemente, nuestro superior tribunal, en el fallo "Fernández de Kirchner", ha reafirmado la competencia de autorregulación del Poder Legislativo. Sosteniendo que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de los otros Poderes del Estado, aún en tiempos de emergencias como el actual, que impulsó la consulta del Senado de la Nación y que fuera desestimada con una serie de observaciones enroladas en las reservas competenciales enunciadas.

Según la Corte, estas excepciones comparten las premisas constitucionales "un sistema de poderes limitados", y la tarea de los jueces de "determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de las que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros poderes del Estado"; y a su vez estableció que esa fue "la forma de equilibrar la referida tensión entre el valor republicano y el valor de la supremacía de la Constitución Nacional" (27). A estas tensiones, nos volveremos a referir inmediatamente en las conclusiones de este trabajo. En otros ámbitos, claro que con menos complejidad geográfica que la que involucra la representación territorial de los Diputados y Senadores de la Nación, se han reglamentado sesiones virtuales o semipresenciales para continuar con la gestión cotidiana de las responsabilidades de instituciones cuyos órganos decisores necesitan indispensablemente de conformación de quorum y sistemas de mayorías para sesionar y resolver. Lo que se conoce como conformación de voluntad del órgano colegiado, ha sido establecido en conjunción con las herramientas tecnológicas disponibles e incluso con la aplicación de la firma digital de los responsables, como en los casos de la Legislatura (28) y el Consejo de la Magistratura (29) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resumiendo, entonces, la regla o teoría de la deferencia se muestra como un criterio de interpretación de los actos habituales de la autoridad administrativa, especialmente relevante para la evaluación de medidas o acciones adoptadas por el administrador en tiempos de emergencia, ya que se deberá revisar si se ajustan o no a la Constitución siguiendo una lógica de la emergencia y no una lógica de la normalidad (30).

V. Conclusiones

Es un evidente objetivo de la Administración Central que la circulación de contagiados sea reducida a los mínimos indispensables como aconseja la OMS, y someter la modalidad de atención a una decisión judicial, aún con el soporte de una opinión médica particular, no puede atentar contra el cuidado social que el orden protocolar establecido protege.

La lógica del amparo no puede tampoco alentar a que cualquier funcionario de cualquier fuero o jurisdicción, ordene alterar un complejo esquema coordinado desde la planificación científica y desde la colaboración política que corresponde a un sistema federal. La responsabilidad social del ahora, impone mayor restricción a la interpretación básica de la cautelaridad. En esta ocasión, sin necesidad de declaración alguna de estado de sitio, deberá primar un criterio consciente de la responsabilidad que requiere afrontar la crisis con una estrategia común, sofisticada, coordinada y colaborativa.

El control judicial deberá ser ejercido con la máxima prudencia, pues cualquier resolución judicial que, desde la individualidad de un caso conmueva, altere o modifique las instrucciones del triage (31) pondrá en riesgo el sistema en su totalidad.

No podemos olvidar, sin embargo, que la gestión de una crisis global, como esta, no puede estar sometida a visiones parciales, particulares o desprovistas del conocimiento científico indispensable para coordinar los criterios sanitarios útiles hacia el único fin público y deseable que es el de contar, tras el paso de la crisis, con el menor índice de mortalidad posible. Es esa evidencia científica la que tomará especial relevancia el realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Hay otro abordaje posible, digamos, poco jurídico, pero más representativo que el científico, y siempre alejado del jurisdiccional y que aparece en las investigaciones sobre la toma de decisiones económicas y sus sesgos o heurística de la disponibilidad, justamente en una discusión entre análisis de riesgos de vida.

Es que la lógica de deferencia o democracia es un debate que ha llegado hasta las entrañas mismas de las doctrinas que estudian la economía. El Nobel Kahneman parafrasea a Paul Slovic (32) cuando "arguye que el público tiene un concepto más rico de los riesgos que los expertos. Por eso se opone resueltamente a la idea de que los expertos deben mandar y sus opiniones han de aceptarse sin objeción cuando están en conflicto con las opiniones y los deseos de otros ciudadanos" (33). Y como el pueblo no delibera ni gobierna si no a través de sus representantes, volvemos a la esfera constitucional y las reflexiones en las que veníamos.

El impacto del COVID-19 es hoy día la principal cuestión de Estado y la política pública aplicable a su control implica la necesidad ineludible de centralizar y controlar los recursos humanos, instrumentales, físicos, presupuestarios y financieros.

En estos momentos críticos, las decisiones administrativas estarán elevadas al altar de la jurisdicción primaria de la que gozan las agencias en el derecho estadounidense. La teoría de la deferencia deberá estar vigente como un derecho positivo en nuestro país, y la coordinación de los recursos públicos no podrá estar sujeta a la tentación jurisdiccional de creer que vivimos en tiempos de normalidad.

No hay humo de buen derecho en un reclamo particular que desestabilice un programa de contención y tratamiento de la pandemia como el que se está implementado por la batería de DNU, decretos, decisiones

administrativas, resoluciones y disposiciones de los gobiernos nacionales y locales ante la pandemia.

También se deberá tomar nota que la velocidad de los hechos ante una crisis sanitaria como la que vivimos invita a oír a la administración. Las medidas inaudita parte aparecen poco comprensibles en un mundo interconectado las 24 horas del día, en el que los jueces pueden correr traslados en cuestión de minutos. Como ejemplo, el caso "Lanzieri" (34), que obtuvo notoriedad por impedir la restricción a los mayores de 70 años que impulsaba el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires obtuvo fue notificado, e inmediatamente acatado sin apelación por parte del GCBA. Un "diálogo" entre regulación y control que no llegó a enredarse en el laberinto de las instancias y los efectos de los recursos.

Y finalmente, o quizás como tema inicial, el peligro en la demora es el instituto que está en boca de todos, mientras la disponibilidad de infraestructura sanitaria esté jaqueada por esta u otra pandemia. Cada petición, cada familia en búsqueda de un remedio judicial, argumentará con una lógica sensiblemente razonable su pretensión sobre el riesgo de vida y el derecho a la salud.

Pero antes que todo ello debe primar la comunidad organizada, poniendo a la vista la organización estatal responsable para hacer frente a los momentos de máxima incertidumbre, donde los recursos son (y siempre serán) finitos, para hacer frente a expectativas infinitas.

Es por todo ello que las autoridades de la salud pública deben ser merecedoras de la deferencia que desde aquí exhortamos. Luego habrá tiempo para ejercer los dispositivos de control sobre las decisiones tomadas. El peligro en la demora particular cede ante el peligro a demorar la toma de decisiones que esta vez, solo puede quedar en manos de las autoridades sanitarias y el sentido de la oportunidad que ellas impongan. La administración es la única responsable del accionar ante la pandemia.

Estamos ante una situación excepcional y la vida de los argentinos es un único bien social.

(*) Con la colaboración de Andrés Berkoff, Agustín Pérez Acquisto, Martín Casares, Marcelo Faccone y Romina Lara. Con un agradecimiento especial por las horas dedicadas a la investigación de la jurisprudencia y doctrina citada.

(1) Declaración de la Organización Mundial de la Salud del 11 de marzo de 2020.

(2) Y modificatorios DNU 311, 312, 313, 316, 319, 320, 325, 326, 329, 331, 347, 355 y 367/2020.

(3) CS, "Delfino", CS, Fallos: 148:430, id., "Prattico", CS, Fallos: 246:345, id., "Peralta", CS, Fallos: 313:1513.

(4) CS, "Russo", CS, Fallos: 243:467.

(5) CS, "Videla Cuello", CS, Fallos: 313:1638.

(6) CS, "Bustos", CS, Fallos: 327:4495.

(7) SAGÜÉS Néstor P., "Derecho Constitucional", Ed. Astrea, 2017, t. 2 (El Estatuto del Poder), ps. 702-716.

(8) Ibidem.

(9) CS, "Martini", CS, Fallos: 200:450.

(10) HUTCHINSON, Tomás, "La Emergencia y el Estado de Derecho", Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica, 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 27-60.

(11) CS, "Galli", CS, Fallos: 328:690.

(12) CS, "Videla Cuello", CS, Fallos: 313:1638.

(13) CS, "Merck", CS, Fallos: 211:162 y 193.

(14) Corte Suprema de los Estados Unidos, "Kneeder c. Lane" (1863).

(15) CS, "Videla Cuello", CS, Fallos: 313:1638.

(16) CS, "Ferrer", CS, Fallos: 308:2246.

(17) SESÍN, Juan D., "La Emergencia dentro de la Constitución. Control Judicial", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública — RAP, 309:91: "El control del juez termina al comprobar que se ha elegido una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho, no pudiendo revisar ni sustituir el núcleo político discrecional interno, esto es, el porqué de un remedio en lugar de otro. Tales aspectos entran dentro del ámbito de reserva del 'legislador' o del 'administrador', en su caso".

(18) ROSATTI, Horacio D., "EL Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino", Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica, 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos

Aires, ps. 79-104.

(19) HUTCHINSON Tomás, ob. cit.

(20) BIANCHI, Alberto B., "La intervención estatal y los nuevos derechos en la era de Franklin D. Roosevelt", RDA 56-371 (2006).

(21) BIANCHI, Alberto B., "El control constitucional de los reglamentos delegados (una comparación entre la Argentina y los Estados Unidos)", RDA-2014-91, 01/02/2014, 43.

(22) CS, "Bustos", CS, Fallos: 327:4495.

(23) CS, "Bustos", CS, Fallos: 327:4495.

(24) BIANCHI, Alberto B., "El control constitucional...", ob. cit.

(25) CS, "Cocchia", CS, Fallos: 316:2624.

(26) CS, "Thomas", CS, Fallos: 333:1023.

(27) CS, "Fernández de Kirchner", fallo del 24 de abril de 2020.

(28) Reformó su reglamento de funcionamiento con base en un proyecto de Leandro Halperin y María Rosa Muiños. <https://www.legislatura.gov.ar/posts/ratifican-los-dnu-del-jefe-de-gobierno-por-la-pandemia1109.html>.

(29) Res. Presidencia CMCABA 343/2020, <https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/4F45F77445B37F68592A42F75F8B35AC>.

(30) SAGÜÉS, Néstor P., ob. cit., t. 2 (El Estatuto del Poder), ps. 702-716.

(31) "El triage es un sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencia, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles. Esto permite una gestión del riesgo clínico para optimizar la atención y la seguridad de las personas", http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001849cnt-covid-19_recomendaciones-implementacion-triage.pdf.

(32) SLOVIK, Paul, "The perception of risk", Ed. Earth Scan, Sterling, VA, 2000. Citado por KAHNEMAN, Daniel, en "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Debate, Buenos Aires, 2012.

(33) KAHNEMAN, Daniel, ob. cit., p. 188.

(34) Expte. 3045/2020-0. Juzgado CAyT 14, Secretaría 27, CABA.