

Estado y pandemia



Ángel E. Grattone

I. Exordio

Durante muchos años, en la Argentina se nos dijo “achicar el Estado es agrandar la Nación”.¹ Este discurso, antiestatista, inspirado en el liberalismo clásico, y desde los años setenta en el neoliberalismo, tenía como objetivo convencer y cooptar ideológicamente a la sociedad, ya que era conveniente al *establishment económico* (Schvarzer, 1996), así como a las diferentes burguesías (pampeana, industrial urbana, financiera) (O’Donnell, 1982), eliminar la injerencia del Estado en los diferentes aspectos de la vida, en especial –como todo liberalismo– en lo económico. En general, los mismos que levantan banderas de libertad contra un “Estado opresor”, o en palabras de José A. Martínez de Hoz:² “intervencionismo estatizante y agobiante de la actividad económica”.

Está claro que la libertad, o el negar legitimidad a las intervenciones del Estado, nace de la idea de llevar los derechos individuales al extremo. Esto es, negar el derecho al Estado de regular la vida de

1 Célebre eslogan que muchos atribuyen a José Alfredo “Joe” Martínez de Hoz, ministro de Economía de Jorge R. Videla, al inicio del ominoso y criminal “Proceso de Reorganización Nacional”. Martínez de Hoz y otros, como el ministro menemista Roberto Dromi, utilizaron esa frase para justificar sus medidas antiestatistas. En realidad, esa frase corresponde a Ricardo Zinn, viceministro de Economía de Celestino Rodrigo, quien a su vez fue el ministro de Economía de Isabel Perón, autor del “Rodrigazo” (un plan de *shock* económico, con fuerte devaluación, alza de tarifas de servicios públicos y precios, etc.). Cabe denotar que Rodrigo era apoyado políticamente por la extrema derecha encabezada por José López Rega, jefe del grupo paraestatal y paramilitar autodenominado Alianza Anticomunista Argentina, mejor conocida como la Triple A, parte del período del terrorismo de Estado.

2 Parte de su discurso de asunción como ministro de Economía de la dictadura, 02/04/1976.

los individuos en cualquier forma, que es el discurso de los actuales *libertarios*. Pero si examinamos esta idea, y la extrapolamos hasta sus últimas consecuencias, esta libertad reclamada, no es el liberalismo de John Locke, que buscaba poner límites a los absolutismos monárquicos. Se parece más a una individualización extrema por la cual yo soy libre de hacer lo que me plazca, por ejemplo, matar a quien no me gusta. Y este individualismo extremo, donde, en mi sacrosanta e intocable libertad, cada uno hace lo que quiere, es justamente el opuesto de una vida en sociedad. Aun las sociedades con “valores occidentales y cristianos”, como expresa la hegemonía de USA y las dictaduras neoliberales que impusieron en América Latina en los setenta, son sociedades que se rigen por un conjunto más o menos uniforme de reglas. El pensamiento liberal y neoliberal “convencional” tiende a ser de absoluta libertad económica, con la menor intervención posible en los mercados y la economía capitalista; pero abiertamente conservador y elitista en lo sociopolítico. Dan al Estado la misión (y admiten el cobro de impuestos), siempre que les brinde protección a la propiedad privada y seguridad jurídica.

En un punto interesante de considerar, no podemos omitir la defensa expresa que hizo John Dewey del “liberalismo pragmático” (Dewey, 1996: 97) en la segunda mitad de la década de 1930. Nobleza obliga, malos tiempos para defender al liberalismo, con el Estado interventor keynesiano en ascenso y la Segunda Guerra Mundial en ciernes. Entre 1935 y 1940, Dewey, si bien se centra en la cuestión educativa, expone que discusión, diálogo, participación, etc., insertos en las reformas que propone Keynes para alcanzar el Estado de bienestar, son para las “izquierdas” (marxistas o no) contemporáneas valores tan básicos como lo eran para él en esa época. Sin embargo, Dewey pensaba que la propaganda y la manipulación podían arruinar las buenas intenciones de esas políticas públicas. Con su mirada puesta en la educación, expondrá que solo se logran la libertad y la autonomía de los individuos empleando medios acordes con esos fines, y por ello justamente se opondrá a esa suerte de “adoctrinamiento” (que limitaría la libertad de pensamiento). Claro que si contextualizamos esto en esos años de fascismo-nazismo en auge (con sus “Estados corporativos”) y el estalinismo en su cénit, es comprensible su posicionamiento. Para terminar este circunloquio, diremos que por esos años, el que luego será el gurú neoliberal, Friedrich Hayek, publicaba *El camino de la servidumbre* (1944), libro que junto a la escuela austríaca servirán de base teórica para las reformas económicas en la década de 1970-1979, tras el declive del modelo keynesiano del Estado de bienestar (también llamado benefactor o paternalista).

Entonces, tenemos un liberalismo/neoliberalismo que cuestiona la intervención estatal, cuando la misma afecta los negocios, pero exige la intervención estatal para proteger su propiedad privada y brindar seguridad. Es decir, admite la existencia del Estado. El Reino Unido, siendo la cuna del liberalismo, es una monarquía. Negar al Estado, su derecho a intervenir, y, llegado el caso, a limitar ciertos derechos, es negar la vida en una sociedad, es casi un oxímoron. Es negar sociedad alguna.

Thomas Hobbes, en el *Leviatán* (1651), siguiendo las ideas de Niccolò Machiavelli (Maquiavelo), que expuso en *El Príncipe* (1531), fundamentará la necesidad de la existencia del Estado en evitar el “todos contra todos”. Fundamenta que, al igual que Maquiavelo, el Estado no deberá regirse por el derecho natural, sino por la idea del derecho como contrato social. De esto, la sujeción del pueblo al dominio del Estado es la garantía de paz hacia el interior del pueblo, reunido como sociedad, donde las leyes

naturales (por ejemplo la ley del más fuerte o del más apto al medio ambiente) son reemplazadas por las leyes humanas. Un Estado debe existir, concluirá, para garantizar la paz social, administrar justicia y, dirá Hobbes, “que ningún hombre deba temer a ningún otro hombre”.

Por lo tanto, en el presente trabajo analizaremos cómo el Estado (legítimo en su legalidad y constitución) puede, debe y es necesario que actúe; no en situaciones comunes, para las cuales existen normas y leyes que contemplan esas situaciones, sino frente a situación sin parangón o antecedente previo conocido. Una situación tan extraordinaria que excede toda previsión de todos los Estados reconocidos en el mundo, una enfermedad a escala planetaria, mejor conocida como: una pandemia.

II. La organización del Estado argentino

Toda sociedad, *ipso facto*, tiene un conjunto de poderes que se ejercen de modo, más o menos, ordenado y consensuado. Estos poderes son:

- a) *Económico*: se vale de la posesión de ciertos bienes, escasos o considerados escasos, y por lo tanto valiosos, para desarrollar alguna forma de trabajo.
- b) *Ideológico*: ideas de una cierta naturaleza, formuladas por personas que gozan de cierta autoridad y expuestas en forma apropiada, ejercen influencia sobre la conducta de otros individuos.
- c) *Político*: posesión y monopolio de recursos por medio de los cuales puede ejercerse violencia física legítima o legal y socialmente aceptada.

Dice Andrés Malamud, referenciado en Norberto Bobbio (1981) y Gianfranco Poggi (1990), que el Estado es manifestación institucionalizada de una de las tres formas de poder social, el *poder político* (Malamud, 2006).

Ahora bien, ¿qué implica la “institucionalización”? Podremos definirla como la rutinización de reglas, comportamientos, y abarca procesos como despersonalización y formalización de las relaciones sociales. En especial, cuando la sociedad ha desarrollado y legitimado por un consenso, legal y consuetudinario un plexo normativo que da forma y entidad al Estado como tal.

En el caso de Argentina, la Constitución Nacional (CN) es la que desde su artículo 1 define la forma que tendrá su Estado: republicana, representativa y federal. El republicanismo, inspirado en la Constitución de los Estados Unidos (en adelante “USA”), que a su vez James Madison, Alexander Hamilton y, claro, Benjamin Franklin (sus principales redactores) toman de las ideas del barón de Montesquieu, implicaba que el poder político del Estado no podía concentrarse en un solo estamento. Por ello, la división en un Poder Ejecutivo, destinado a ejercer la administración del Estado y poner en actos sus leyes; un Poder Legislativo, encargado de representar la voluntad popular³ y debatir y crear las leyes; y

³ Utilizamos el término “popular” en su sentido original heredado de la época romana, donde *populus* era el pueblo que legítimamente podía participar de la *res publica* (“cosa” pública). No compartimos cierta tendencia de algunos sectores ideológicos de asociar el término “popular” como un sinónimo de vulgar o deleznable.

un Poder Judicial, encargado de ejercer la fiscalización del correcto cumplimiento de las leyes y, de ser necesario, juzgar y sancionar el incumplimiento de las mismas.

Por otra parte, la idea de un gobierno *representativo* implica que el pueblo de la Nación será representado por una serie de funcionarios, legisladores y jueces; para el manejo del Estado en sus tres poderes. Estos funcionarios serán elegidos de modo democrático,⁴ son quienes, en representación del pueblo, ejercerán esos poderes del Estado. En tal sentido, entendemos que esta es una diferencia crítica con la Constitución de USA. Ambos son sistemas representativos y presidencialistas. Pero los preámbulos de ambas constituciones difieren por una sutil diferencia:

La Constitución de la Nación Argentina expresa en el inicio de su Preámbulo:

Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia...

A diferencia de esto, el preámbulo de la constitución de USA expresa:

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty...

Traducción:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...

Obsérvese con detalle la primera línea. Nuestra CN dice “*Nos* [apócope de “nosotros”] *los representantes de pueblo* de la Nación Argentina...”.

En el caso de USA, dice “We the people of the United States...”, literalmente: *Nosotros el pueblo* de los Estados Unidos.

4 Es curioso que la palabra democracia, recién aparece en la CN luego de la reforma de 1994 (si omitimos la fallida reforma de 1949). Pero si examinamos el ideario alberdiano, y algunas ideas de la Generación del 37, junto con las ideas racistas de D. F. Sarmiento, queda claro que la democracia, entendida como la voluntad popular expresada a través del voto, no era parte del ideario generalizado de las élites político-intelectuales del proceso de organización nacional, luego de 1853.

En Argentina, se habla de que los “nosotros los representantes” del pueblo y Estados Unidos dice “nosotros el pueblo”.

Esto, entendemos, tiene mucho que ver, con algunos dogmas de la Generación del 37, que promovía la idea de que el pueblo común debía educarse e ilustrarse en algún momento..., mientras tanto, el manejo de la “cosa pública” (la *res publica*) debería hacerlo la minoría burguesa ilustrada. Se manifiesta en el artículo 22 de la CN, donde el pueblo está expresamente excluido, a pesar de ser el titular de la soberanía de la Nación. En términos de la minoría ilustrada, “tout pour le peuple, rien par le peuple” (“Todo para el pueblo, pero sin el pueblo”).

Sin duda que esto influyó en el pensamiento de Juan B. Alberdi a la hora de redactar sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (Alberdi, 1852).

Podríamos decir que ya teníamos una suerte de “grieta”, *avant la garde* (es decir, “de vanguardia”). Grieta que, con diferentes anchos, se extiende hasta nuestros días.

Pero examinando los antecedentes históricos, autores como Natalio Botana (1984), al yuxtaponer las ideas de Alberdi y del inevitable Domingo F. Sarmiento, nos dará un cuadro del debate fundador.

Pero para comprender el contexto sobre el cual se erigirá el Proceso de Organización Nacional (en esencia luego de 1880 y con el régimen conservador roquista), debemos examinar el momento histórico y el debate que se dio en torno a la organización del país y del Estado argentino. Y de como la “grieta” se filtrará.

Desde antes de la Revolución de Mayo, mientras Napoleón Bonaparte dominaba Europa continental e imponía a sus familiares como reyes en todos los países ocupados, ya se había gestado la posibilidad de independencia en el Virreinato del Río de la Plata. En 1808, hubo muchas negociaciones para crear una monarquía en Buenos Aires (y todo el territorio virreinal) e imponer a la infanta Carlota de Borbón, hermana de Fernando VII de España y casada con el príncipe regente y futuro rey de Portugal, Juan VI. La corte portuguesa, con ayuda de Inglaterra, se había trasladado a Río de Janeiro y utilizaba sus colonias del Brasil como sede transitoria del gobierno portugués, mientras duró la ocupación napoleónica. Se buscaba una “independencia tranquila”, una transición suave, al ofrecer un eventual “Reino del Río de la Plata” a un príncipe europeo, y esa monarquía hipotética tendría un perfil parlamentario-constitucional, emulado al del Reino Unido, en el cual las élites ilustradas criollas tuvieran una importante cuota de poder, y configuraran la aristocracia de esa monarquía (si lo tuvimos al *conde* Antonio Devoto,⁵ tal vez hubiera existido un “duque de Balvanera”).

Pero el proyecto monárquico, de Belgrano,⁶ Sarratea, Rivadavia, entre otros, fracasó una y otra vez.

5 Antonio Devoto (Lavagna, Italia, 12/08/1833; Buenos Aires, 30/09/1916) fue un inmigrante italiano que hizo una enorme fortuna gracias a su talento comercial. Político y exponente de la Generación del 80, vinculado a las élites de la época. Por sus actividades filantrópicas para con la comunidad italiana, el rey de Italia, Víctor Manuel III, le concedió varios honores, entre ellos, el título de “conde”.

6 Un detalle no muy conocido de nuestra historia política, es que el Gral. Manuel Belgrano pensó en una monarquía como forma de gobierno para las, por entonces, “Provincias Unidas”. A diferencia de las tendencias cipayas de los otros como Rivadavia, Belgrano aspiraba a una monarquía sudamericana, y ofrecer esa

Se menciona esto, puesto que Alberdi estaba convencido de la imposibilidad de una democracia en sentido estricto. Las viejas costumbres e instituciones heredadas del período colonial hacían inviable, en su ideario, pasar de un solo golpe a una democracia republicana, con fuerte participación del pueblo en las decisiones de gobierno, y con una organización política y territorial del país. Por ello, y con la influencia cercana en el tiempo de la Generación del 37, entendía la necesidad de que una élite ilustrada (según las corrientes europeas) guiara al “pueblo bárbaro y desierto”.

Según el ideario de Alberdi, *gobernar era poblar* ese inmenso país desierto y la Constitución debía “hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible y se convierta en país poblado” (Alberdi, 1852). Pero ¿cómo poblar? Sin duda que no con esa población bárbara e ignorante. Había que poblar con gente de quienes “aprender el uso de la libertad”. El poblamiento selectivo era la forma de modernizar el país, y así incorporar luego a los nativos a esa cultura del trabajo. Por supuesto que la política era un terreno vedado a las masas. La política sería terreno exclusivo y excluyente de la minoría ilustrada. No obstante, Alberdi no consideraba viable la “ilustración” del pueblo, por lo tanto el pueblo no estaba considerado para ser partícipe activo del campo político. Muy por el contrario. Escribe Alberdi:

Es un error infelicísimo el creer que la instrucción primaria o universitaria, sea lo que pueda dar a nuestro pueblo la aptitud del progreso material y de las prácticas de libertad [...]. La cuestión argentina de hoy, es la cuestión de América del Sud, a saber: buscar un sistema de organización conveniente para obtener la población de sus desiertos, con pobladores capaces de industria y libertad, para educar sus pueblos, no en las ciencias, no en la astronomía —eso es ridículo por anticipado y prematuro—, sino en la industria y en la libertad práctica (Alberdi, 1852).

Por tanto, la población no estaba llamada a participar.

Esta será la “república posible” de Alberdi. El Estado que debía homogeneizar el pasado colonial, las disputas internas emergidas de las luchas de los caudillos, impulsar la adquisición de “hábitos sociales”, junto a la modernización de las formas de gobierno. Admite la “soberanía del pueblo”, pero también admite que el pueblo necesita tener capacidades que no se pueden asimilar en poco tiempo. Busca una solución de compromiso entre lo moderno y el pasado preexistente. La libertad, el orden y el progreso se lograrían trazando un camino desde el pasado colonial. Por ello, la necesidad de un Ejecutivo fuerte, centralizado (¿unitario/monárquico?), una cuasimonarquía, en el que los gobiernos provinciales fueran agentes naturales del gobierno federal (art. 107 de la CN), ya que, proviniendo del régimen central virreinal, el federalismo “era un accidente”. Y por otra parte, la restricción política de la participación popular. Y en especial de los bárbaros que buscaban la igualación de las masas a

hipotética corona a un descendiente de la nobleza de los incas. Claro está, la población “blanca y decente”, ya sean los españoles peninsulares, como algunos de los criollos (que se consideraban a sí mismos como españoles nacidos fuera de la Península ibérica, pero dentro el imperio colonial español). Pero al poco tiempo, más allá de sus ancestros, los criollos que pasan a considerarse “hijos del país” serán la primera avanzada de los pobladores que llamaríamos “argentinos” nativos.

la inteligencia: José G. Artigas, Francisco Ramírez, Estanislao López, Félix Aldao, Juan M. de Rosas, Juan Bustos, Juan F. Quiroga y en general los caudillos provinciales que impulsaron las ideas de federalismo, igualdad, etc., muchos de estos principios con fuerte raigambre republicana, federalista con lazos en los principios de la Revolución francesa y las ideas de Mariano Moreno. El proyecto federal soñado por los caudillos quedó sepultado por el proyecto de Alberdi, que sería la “república posible”, aunque no la ideal...

Al respecto, Gonzalo Kodelia (2016: 288) dice:

De este modo, su propuesta constitucional quedó sintetizada en la fórmula: *libertades políticas restringidas, libertades civiles abundantísimas*. La *igualdad reconocida era la económica*, “que la Constitución argentina asimila a la libertad civil”, porque esta era la única practicable en la república posible. Para la economía “todo el mundo es apto”, mientras que la libertad política, es tomar parte en el gobierno; gobernar, aunque no sea más que por el sufragio, *requiere educación*, cuando no ciencia, en el manejo de la cosa pública (las cursivas son mías).

Sarmiento sería un tenaz adversario de las tesis de Alberdi. Imbuído de las experiencias de USA (Estados Unidos), entendía que “El modelo” era la Constitución de USA. Por lo tanto la “federación” sería bien entendida si seguía el modelo de USA y no la oligarquía liberal impulsada por Alberdi, o mejor dicho, por el sistema elitista que emerge de su concepción donde la participación popular queda excluida de la *res publica* (la “cosa” pública, *id est*, el gobierno y los derechos políticos). Sarmiento, a diferencia de Alberdi, no estaría dispuesto a pactar con el pasado. De hecho, expresa su ideología en su libro *Educación popular* (Sarmiento, 1849), cuando se lamenta de que la conquista española no hubiera exterminado a la población nativa (los pueblos originarios), ya que la mezcla de sangre española y aborígen había sido la causa del atraso del país (Puiggrós, 1996). Más aún, propone el liso y llano reemplazo de la población existente, y dar preeminencia al ingreso e inmigración de población europea y blanca.

La visión de la mixtura entre un gobierno nacional y a la vez confederativo que tenía USA sería, para Sarmiento, el ideal para imitar y a la vez para criticar a Alberdi. En especial, en la crítica al autoritarismo emergido de la implementación de la CN de 1853-1860. Critica las “tiranías internas” de las provincias, los gobernadores, “agentes naturales del Gobierno Federal”. Asimismo, la existencia de los “Cabildos”, instituciones heredadas del régimen colonial español, que era necesaria para Alberdi; Sarmiento las consideraría como un sistema “bastardo”, con miembros vitalicios, hereditarios y por tanto intocables y, según él, fuente de “disolución y anarquía”. Por ello, Sarmiento aspiraba no solo a una estructura confederada, sino a un derecho de tipo “estadual”, sometido a grandes principios dispuestos por el gobierno federal, pero que la jurisdicción regular fueran los Estados, las provincias, con la capacidad de aceptar o no las disposiciones federales; ya que Sarmiento había observado *in situ* que algunos Estados de USA adherían a ciertas normas federales y otros no. Más aún, algunos Estados ratificaban algunas enmiendas constitucionales y otros no.

Alberdi, por otro lado, buscó concentrar el poder en el régimen presidencial y en los gobernadores, en tanto que Sarmiento buscó establecer en cada provincia sistemas de autoridad paralelos que desbancaran al caudillismo y su “barbarie”. En especial porque Sarmiento entiende que, en el estado de las cosas, la división de poderes no opera en las provincias. Las legislaturas y los tribunales provinciales funcionan como “escribanías” que refrendan todo lo dispuesto por los gobernadores. Cuestionaba también, Sarmiento, el sistema de lista uninominal que limitaba la participación popular, en especial en las provincias que para él eran el primer peldaño de representación política.

En efecto, siguiendo el modelo yanqui, propone auspiciar la participación ciudadana en el quehacer político.⁷ Para esto, entiende que era imprescindible que desde los municipios y a través de la educación pública generalizada (concepto extremadamente innovador y progresista en esos años) se desterrara la “ignorancia del antiguo orden colonial y el caudillismo postindependentista” (Sarmiento, 1849).

Sarmiento, tal vez emulando e influido por Jean-Jacques Rousseau en *Emilio* o en *El contrato social: o los principios del derecho político* (Rousseau, 1762), identifica al municipio como la “reunión de habitantes” cuyas “autoridades emanan de la elección”, como la forma de arraigar el republicanismo en espacios más pequeños, autosuficientes y adecuadamente ilustrados.

En efecto, copiando el modelo de USA, estos pequeños Estados perfeccionarían al ciudadano a través de la educación pública, entendiéndola como una red convergente entre el gobierno federal, el provincial y los municipios. Este, ahora, ciudadano, sería el legitimante de la república. Alberdi consideraba la educación como un mero instrumento para generar mano de obra, pero no para ser partícipes de la vida política, y poniendo la educación “primaria” de modo vago en manos de las provincias (sin que se explicite qué significa, porque entonces aún no había estructura alguna de sistema educativo, por lo que no podemos entenderla como la educación primaria clásica...). A Sarmiento, tras sus acercamientos de la mano de Nathaniel Hawthorne y especialmente su cuñada, Mary Peabody, al Massachusetts Board of Education,⁸ le dieron una visión diferente, donde el sistema de educación debía organizarse desde lo local/municipal, con asistencia económica de las provincias, es decir, invierte el orden de Alberdi y a diferencia de este, y con su máxima “educar al soberano” (esto es, la ciudadanía), pone en el centro de su proyecto político a la educación.

7 Esta parece muy progresista, pero debemos recalcar que, para Sarmiento, la ciudadanía no eran ni los gauchos ni ese paisanaje bruto y bárbaro (cuya máxima expresión para él fue Juan Facundo Quiroga, *El Tigre de los Llanos*). Llegó a decir que la sangre del gauchaje al menos serviría de abono para cultivar la tierra, por lo que los consideraba infrahumanos... En su descargo, obra la circunstancia de que esa segunda mitad del siglo XIX era la época de la consolidación de los grandes imperios coloniales (Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Alemania, etc.), que en plena Revolución Industrial necesitaban materias primas baratas, mercados donde vender la producción industrial y, sobre todo, un hombre blanco europeo, convencido de la superioridad étnica, racial, moral, intelectual, técnico-científica que posee y de que las demás razas humanas deben ser civilizadas (a la fuerza si es necesario) o exterminadas... “todo por su bien y el avance de la humanidad...”.

8 Departamento de Educación de Massachusetts, el cual en la época en que Sarmiento fue embajador plenipotenciario en USA (presidencia de Mitre) era dirigido por Mary Ann Peabody, la cuñada del escritor Nathaniel Hawthorne, de quien Sarmiento se hizo amigo, y así observó el funcionamiento de la escolarización y el funcionamiento político de las ciudades y los Estados, en los que la ciudadanía participaba en asambleas y decidía de modo democrático sobre el rumbo de la “cosa pública”.

Formar ciudadanos ilustrados, con el afán de industria de USA, la precisión y puntualidad alemanas, el afán de progreso británico o la cultura francesa/suiza (también, Sarmiento, tomó a la Confederación Helvética o la organización cantonal de Suiza como modelo, aunque no con tanta fuerza como a USA), sería parte del sueño sarmientino.

Existió un choque en estas dos concepciones de país. Alberdi vs. Sarmiento. ¿Proyecto liberal o proyecto republicano? Esa era la cuestión a dirimir. Ambos hablaban de república y de libertad. Pero la diferencia de la “libertad conservadora de hábitos y creencias” de Alberdi era la antípoda de la “libertad transformadora de la sociedad” de Sarmiento. Una sociedad y una representación política que se estructurarían de abajo hacia arriba en la visión de Sarmiento y justamente lo contrario en Alberdi. Alberdi, como se expuso, tampoco creía que sus ideas constituyeran la república óptima, tan solo una “república posible”.

También fue complicado el nacimiento de nuestra CN (1853-1860), extraño hiato, producto de la fragmentación territorial, cuando, tras la batalla de Caseros y la caída del rosismo, se forma el “Estado de Buenos Aires” y se declara separado e independiente de la Confederación Argentina; y que para el período presidencial 1853-1859 de J. J. Urquiza la capital provisoria fue Paraná. Pero decimos complicado (y con una evolución aún más complicada, y utilizada según el parecer del poder hegemónico en ese momento) porque desde el inicio sus artículos fueron vulnerados.

En efecto, en el caso de nuestra CN, atendiendo al contexto sociopolítico, económico e histórico de su génesis, no resultaba ocioso pensar en formas de “estabilizar” tanto a ella como al país todo. En 1853, venía de dos intentos constitucionales fallidos (1819 y 1826). La Asamblea del Año XIII había sido el intento más serio y razonable de un armado constitucional. En 1853, con Rosas y Caseros muy “cercaños” todavía, y el Estado de Buenos Aires separado del resto del país, la necesidad de establecer medios de control constitucional que desacoplaran la suerte de la CN de la realidad circunstancial, eran muy necesarios. A tal punto que la misma CN de 1853, *en teoría*, no podría tener modificaciones/reformas antes de los diez años de su promulgación. En efecto, el artículo 30 del texto de la CN de 1853 explícitamente establecía un lapso no menor a diez años antes de que se pudiese acometer a una reforma. Sin embargo, la batalla de Cepeda (23/10/1859), el Pacto de San José de Flores (11/11/1859) y, finalmente, la (inexplicable)⁹ batalla de Pavón (17/09/1861), la caída de Santiago Derqui y el reingreso de Buenos Aires a la Confederación llevaron a la necesidad de aceptar las reformas propuestas por la “nueva” provincia a la CN. Esto derivó en una suerte de “Constituyente *ad hoc*”, que en 1860 legitimó las objeciones porteñas al texto de 1853. En general, para subsanar y no contravenir el texto de 1853, suele decirse que la CN era 1853-1860, como si durante este hiato, la Convención Constituyente hubiera estado “activa” o con un “cuarto intermedio”, es decir, “un parche”. Pero allí no termina la discusión.

⁹ Utilizo el término “inexplicable”, visto que teniendo J. J. Urquiza la virtual victoria frente al ejército porteño de B. Mitre, opta por retirarse del campo de batalla. Esto convierte, *por abandono*, a Mitre en el vencedor. Aún los historiadores debaten las razones por las cuales Urquiza obró de este modo. Ninguna explicación parece suficientemente convincente.

Durante el mandato de B. Mitre, en 1866, se vuelve a reformar. Esta reforma parece ser premonitoria de dos cuestiones a futuro. En 1866, la CN es reformada, otra vez sin respetar los diez años, ya que si se cuenta desde 1853, entonces la reforma de 1860 es ilegal, y si se cuenta el período 1853-1860 como un todo, en 1866 otra vez está la objeción de los diez años. Con el agravante de que el artículo 30 establece un mecanismo de reforma: la declaración de necesidad de reforma por parte del Congreso Nacional, por ley con mayoría especial de 2/3 (66%) de los miembros. La Ley de Necesidad de Reforma de 1866 impulsada por Mitre, a instancias de su ministro del Interior, Guillermo Rawson, se votó con 2/3 de los presentes, por cuanto debería considerarse que dicha ley no se sujeta a lo normado por la CN. Ahora, que si da por válida la ley “con el voto de dos terceras partes de los presentes”, entonces debió admitirse que la Reforma Constitucional de 1949 *era legítima*. El principal argumento del gobierno, de facto, de P. E. Aramburu para derogar la reforma de 1949, promovida por el gobierno, *de iure*, de J. D. Perón, “era no haber tenido los dos tercios de los miembros del Congreso, para sancionar la ley de necesidad de reforma”. Por lo tanto, el proceso de no innovar, que se hizo en 1957 contra la reforma de 1949, es ilegítimo, no solo por provenir de un gobierno ilegal, sino porque su argumentación también es falaz. La otra cuestión casi irónica de la reforma mitrista de 1866 es que uno de los puntos “era derogar la posibilidad del Estado nacional de imponer un canon por derechos de exportación”. A partir de esa reforma, Mitre y gobiernos subsiguientes podrían cobrar derechos de exportación, es decir, en lenguaje más coloquial, *el Estado Nacional puede cobrar “retenciones”*. Entendemos que es al menos llamativo que los mismos intereses hegemónicos que convalidan la derogación de un texto constitucional tan progresista como el intento de 1949 con un argumento técnico, no objetarían las políticas de Mitre y, al mismo tiempo, son los principales objetores de los sistemas de retenciones, desde el punto de vista de la política fiscal.

Tras este recorrido histórico, las discusiones sobre el control de constitucionalidad parecen un poco bizantinas. No obsta que algunas argumentaciones es necesario considerarlas. Sin duda que la CN no puede ser estática. La CN y las constituciones en general surgen en un determinado contexto (histórico, social, económico, político, etc.), y responden a un ideario propio de ese contexto, pero, también, contienen principios y valores que son atemporales (o lo parecen). Estos principios, que generalmente responden al ideal de país, Estado y Nación, que se aspira, suelen definirse como pétreos, puesto que son valores que trascienden al tiempo, o no se visualiza una posible reforma o mejora en un horizonte de corto-mediano plazo. Por ejemplo, la Primera Parte: Declaraciones, Derechos y Garantías, artículos 1 al 43 de la CN (1994), contiene el núcleo de lo esencial de lo que debería ser la Argentina como país, Estado y Nación. Establece una forma de gobierno y establece los derechos y garantías de habitantes y ciudadanos. En general, hemos observado que esta parte se ha ido ampliando, es decir, incrementando derechos y garantías para los ciudadanos y habitantes. Asimismo, el resto del texto constitucional se ocupa de la estructura, naturaleza y funcionamiento de los poderes del Estado nacional y de los gobiernos de provincia.

Pero dada la supremacía de la CN por encima de cualquier norma, se ha buscado que la posibilidad de evitar que las leyes y actos públicos y privados se aparten de lo preceptuado por la CN. En primer

lugar, una forma de control de la constitucionalidad emerge de la misma CN. Para empezar, el excluir al pueblo del control de la formulación de las leyes. Como se expresó antes, cuando se analizan y comparan los preámbulos de nuestra CN y la de USA, el pueblo está excluido y solo los representantes son quienes manejan los poderes y facultades del Estado. En concordancia, en el artículo 22 de la CN el pueblo está expresamente excluido, a pesar de ser el titular de la soberanía de la Nación, como se dijo, “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”. En USA, por ser “We the people...”; es el pueblo quien, ipso facto, tiene el primer poder de control constitucional al ser “Nosotros el pueblo” quienes determinamos la Constitución. En el caso argentino, por ser “Nos los representantes del pueblo”, la CN tiene como control constitucional a los representantes del pueblo, esto es, el Congreso Nacional. Será pues este el que determine la necesidad de una reforma. Y será la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la que determine “qué es y qué no es” constitucional, y por lo tanto legítimamente legal.

Ahora bien, es cierto que desde un punto de vista democrático, dado que el pueblo no puede directamente ejercer control de la CN o de las leyes, es el Congreso Nacional el órgano que posee mayor legitimidad democrática, en virtud del mecanismo de elección de los diputados y senadores. Es por ello que resulta curioso y paradójico que sea el Poder Judicial quien, según indica el artículo 116 de la CN, tenga la potestad de decidir sobre la constitucionalidad de los actos de gobierno y las leyes. Esto es, un juez, cuyo nombramiento nunca es democrático (en el sentido de ser elegido por voto de los ciudadanos u otro mecanismo), es quién puede decidir sobre la naturaleza constitucional o no de una norma. Por extensión, el control de la constitucionalidad se revela como una actividad judicial. Entendemos que esto presenta una contradicción, visto que si una norma democrática (como una ley emitida en los términos y mecanismos que indica la CN), puede ser invalidada por decisión judicial. Digámoslo así, cuatro o cinco sujetos definen la validez de leyes creadas por cuerpo con 329 personas (257 diputados y 72 senadores). Si a esto sumamos que el Poder Judicial es el más alejado de pueblo, casi como una casta sacerdotal superior, parece un poco débil, en cuanto a legitimidad democrática, esa “pata” del Estado. Es decir, los ministros de la CSJN son nombrados en función de conveniencias que poco tienen que ver con la justicia. Y es este tribunal, pagado con dineros públicos, el cual decide según la conveniencia política del momento y su propia conveniencia. En el caso de las conveniencias políticas del momento, la acordada del 10/09/1930, que, por sus efectos, apoyó el golpe de Estado de José F. Uriburu derrocando al gobierno (*de iure*) de H. Yrigoyen. Esta acordada, convertida en doctrina, fue utilizada por todas las dictaduras desde 1930 a 1983 como forma de “legitimar” su quiebre del orden constitucional. Otro ejemplo de conveniencia política fueron los penosos fallos de la “mayoría automática” menemista (1990-1999). Y los mejores ejemplos de conveniencia propia son el deleznable fallo del “Caso Fayt”, de 1999, y su homólogo, el fallo del “Caso Highton de Nolasco”, de 2017. En estos se declara la “inconstitucionalidad de la Constitución”, por el límite de edad de 75 años que impuso la reforma de la CN de 1994. Guste o no, la reforma de 1994 es legítima en cuanto a los mecanismos del proceso de reforma. Y, tampoco se entiende por qué el cargo de juez deba ser vitalicio. Uno de los principios de los Estados republicanos es la periodicidad de renovación y acotado temporal de los cargos de la estructura estatal. Un cargo de juez de la CSJN vitalicio, se parece a los cargos cortesanos de las monarquías absolutas, solo faltaría que fueran cargos hereditarios. Como

ciudadano (me permito el cambio del plural “nosotros” al singular “yo”), resulta a veces exasperante el funcionamiento de la corporación judicial: primero nos protegemos a nosotros como corporación y luego fallamos en función del poder hegemónico. Las actuaciones del extinto juez Claudio Bonadío, en causas como el “Plan Qunita”, “Causa Cuadernos” o el “Memorándum con Irán”, o la forma en que se trató al ex canciller Héctor Timerman (sobreseído póstumamente), por no hablar del fiscal “en rebeldía” Carlos Stornelli...

Existen voces que defienden el control de constitucionalidad que ejerce la justicia en general y la CSJN en particular, con el argumento, un tanto débil, de que verificar la constitucionalidad de una ley o acto de gobierno ratifica la supremacía constitucional, y por tanto *la voluntad del pueblo*. Pero como se expuso, esto es una “verdad” sumamente acotada. Tanto en los ejemplos de USA como en la Argentina, así como en las diferencias entre Alberdi y Sarmiento, comentadas por Botana (1984), es claro que la participación popular se parece más al concepto del *populus* de la República romana, esto es una minoría aristocrática que detentaba los derechos políticos, civiles y tenía el poder económico.

III. Antecedentes y contexto internacional

Es innegable que el estallido de la pandemia de SARS- CoV-2, comúnmente conocido como “COVID-19”, representó para todo el mundo un auténtico terremoto sanitario, socioeconómico, científico, cultural y hasta filosófico-ontológico. Hay que retroceder hasta la peste negra de la Europa del siglo XIV, que exterminó (según el autor que se considere) entre el 30 y 60% de la población mundial; o la viruela, que diezmo la población nativa de América a la llegada de españoles y portugueses, y, claro, la gripe española de 1918 para encontrar una epidemia a escala mundial de impacto semejante.

Ante los primeros casos masivos en China, en diciembre de 2019 (de allí el nombre de COVID “19”), la mayoría de los países ignoraron esto, y lo vieron solo como un problema de China. Cuando entre enero y febrero de 2020 la enfermedad avanzó sobre el resto de Asia, Europa y Estados Unidos (USA), se encendieron las alarmas. Pero ante la posibilidad del pánico (y los efectos económicos que traería aparejado), se optó por el negacionismo o restarle importancia. Cuando en marzo 2020 América Latina ya se había contagiado, algunos países como Brasil (su Ejecutivo) lo consideró un malestar menor, una “gripezinha”. Argentina lo tomó con mucha seriedad desde el inicio. A diferencia de las ficciones cinematográficas como *Contagio* (2018), que parece una premonición hollywoodense, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) convocó a los expertos disponibles en el país para conformar un comité de crisis que aconsejara las medidas más adecuadas, frente a una enfermedad nueva y casi desconocida.

Durante los primeros meses se vio algo extraordinario, al menos en Argentina. Funcionarios de corrientes políticas totalmente opuestas pudieron dialogar y coordinar esfuerzos. El presidente Alberto Fernández manejó las relaciones entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y la provincia de Buenos Aires (PBA), políticamente enfrentadas y geográficamente colindantes, de un modo pocas veces visto. Su modo de mediar es la distancia que existe entre un simple político y un estadista.

Desde luego, es imposible conformar a todos. Grupos anticuarentena, antivacunas, supuestos “defensores abnegados de la libertad”, preocupados por el desastre económico, desafiaron continuamente las medidas. Gritaban por su libertad, por la “defensa de la Constitución” y la educación de los chicos sin clases. Naturalmente, obviaron el hecho de que la CN y la CSJN (guste o no) como intérprete inapelable de la misma, muchas veces, ha expresado la inexistencia de derechos absolutos, y que los derechos individuales (salvo el de la vida) pueden ser limitados por el poder de policía del Estado, en aras del bien común, y más aún, cuando se trata de salubridad pública.

Si bien en principio el apoyo fue masivo, a pesar de las medidas antipáticas (como la cuarentena, la imposibilidad de circular entre provincias o ingresar o egresar del país), poco a poco el cansancio y la prédica continua de los medios masivos de comunicación mercenarios y afines a los poderes económicos hegemónicos comenzaron a hacer crecer el descontento y malhumor social.

Se produjeron eventos de desobediencia, algunos fueron efectivamente sancionados y otros no pasaron de la pelea político-mediática.

Pero en todo caso, al igual que ocurrió en Europa, donde países del primer mundo (Reino Unido, Francia, España, Italia, Alemania, etc.) entraron en cuarentenas y toques de queda estrictos en el punto más álgido de la pandemia, Argentina siguió este camino de contención. Otros, como se dijo, negacionistas o más proclives a mantener los intereses económicos (Brasil, USA, etc.), alcanzaron cifras récord de infectados y muertes por COVID-19.

En ese contexto es que el presidente Fernández, en acuerdo con el conjunto ministerial y siguiendo las recomendaciones del comité de expertos reunidos, promulga del Decreto N° 260/2020. Este, además de imponer la cuarentena y demás restricciones de circulación, entrada y/o salida del territorio, procede a ordenar medidas y/o delegar facultades (en especial al Ministerio de Salud), para tomar las acciones tendientes a aminorar el impacto de la pandemia en la población. Tenía como objetivos primarios reforzar el sistema de salud. Esto es, a sabiendas de que era inevitable evitar que el virus se esparciera entre la población, se buscó ralentizar esta expansión (“bajar o aplanar la curva” de crecimiento),¹⁰ a fin de ganar tiempo para reforzar el sistema de salud y así evitar la saturación en la ocupación de camas, y las bajas de recursos humanos (por contagiarse el personal de salud), así como el inevitable agotamiento físico y mental de todo el personal sanitario, técnico-administrativo y auxiliar que mantiene a los centros de salud y hospitales funcionando. También, estas medidas contemplaban el impulso a la producción de insumos médicos estratégicos, mientras en todo el mundo se trabajaba

10 Este “aplanamiento” de la curva se refiere a que todos los virus, en función de R (o tasa de contagio), no tienen una progresión geométrica o lineal, sino que su crecimiento es exponencial. De este modo, de no hacer más lenta y lineal la tasa de contagio, podría darse una explosión masiva de contagios que sobrepasara, por lejos, la capacidad de respuesta del sistema de salud (aun combinando el sistema público y el privado). Mantener “baja” la curva de contagios permitió que se pudiera reforzar el sistema de salud, expandir su capacidad, instalar hospitales y centros transitorios de aislamiento, al tiempo que nunca se llegara a la saturación de la capacidad de hospitales y otros centros de salud, en términos de camas comunes y de terapia intensiva.

contrarreloj en la búsqueda de la vacuna y/o cura (esto último, aún no ha ocurrido, ya que los medicamentos antirretrovirales son más complicados de desarrollar que las vacunas).

IV. El Decreto N° 260/2020 y el poder de policía. Análisis y consecuencias

Habiendo establecido en los apartados anteriores la naturaleza y surgimiento de los Estados, así como las coincidencias y diferencias en la legitimidad fundante, las objeciones a la justicia argentina y su variabilidad de interpretaciones (por no decir, su carácter acomodaticio), podemos entender al poder de policía del Estado como su facultad legítima de limitar derechos individuales o colectivos en función del bien superior de toda la población.

Por mor de ser breve, el poder de policía del Estado, en sus diferentes poderes, se resume en la facultad estatal de limitar ciertos derechos individuales, en aras del interés colectivo. Algo así como cuando *las necesidades de muchos, se anteponen a las de uno*. Durante el siglo XIX y hasta el siglo XX, bajo el Estado liberal clásico (Locke, Kant, Bentham, etc.), el Estado centró su acción en tres ejes: seguridad, salubridad y moralidad; todo en mejor salvaguarda de los derechos y libertades individuales y la *propiedad privada*. Ya desde el segundo cuarto del siglo XX, con el advenimiento del “Estado benefactor”, el poder de policía del Estado se expandió. El Estado comenzó a intervenir y regular un número creciente de actividades, que dejaron de estar al libre albedrío del mercado y de la voluntad de los particulares. Con la instauración de los “derechos de 2ª generación”, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales,¹¹ el poder de policía estatal se amplió. Esto nace de la premisa de que no existen derechos absolutos y, por lo tanto, el poder de policía del Estado, entendemos, debe considerarse como la facultad del Estado de “prevenir peligros y daños contra el bien común” (Gordillo, 2016: cap. X, 226), independientemente de si este daño (en potencial, fáctico o ideal) es producido por una industria que vierte desechos venenosos o la cartelización de los productores agropecuarios para monopolizar el mercado e imponer sus exigencias al conjunto de la sociedad toda o mitigar los efectos de un virus y la enfermedad que produce. El Estado deberá intervenir activa y proactivamente, con su poder de policía, para evitar que actividades individuales condicionen o perjudiquen al bienestar común o lo condicionen a intereses particulares. Una mutación posterior, en este primer cuarto del siglo XXI, se puede identificar por el cambio de paradigma: el poder de policía hasta el siglo XX se limitaba a prohibir a no dejar hacer. Ahora, se considera que el Estado no solo debe promover el bien común, sino que debe “*hacer*” lo necesario para el bienestar general (Gordillo, 2016: 238).

11 Son aquellos derechos humanos socioeconómicos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación. Los derechos económicos, sociales y culturales se incluyen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y se desarrolla su protección en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. Ejemplos de estos derechos incluyen el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite la reclamación por incumplimiento de cualquiera de estos derechos ante el Comité DESC con sede en Ginebra.

El fundamento constitucional del poder de policía del Estado, desde un punto de vista casi unánime de todos los autores y, podríamos decir, desde la doctrina (filosófico jurídica), es el artículo 14 de la CN, el cual limita el ejercicio de los derechos de los ciudadanos a las leyes que lo reglamenten. Más aún, entendemos que el articulado sinérgico de los artículos 14, 17, 18, 19 y 28 de la CN lleva a pensar que podemos afirmar que los derechos garantizados por la CN a los individuos pueden ser limitados por una ley, la cual debe ser “razonable”.¹² Luego, la CN faculta al Estado por ella creado a limitar por ley los derechos tutelados por la propia CN. Parece una definición que oscila entre la tautología, la contradicción y la paradoja. La propia CSJN explicita:

es bien conocida que en la doctrina de esta Corte [...] los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional).¹³

Por ello, existe un marco en la CN que habilita este “poder de policía” de parte del Estado, siempre que exista la razonabilidad.

Como sabemos, en Argentina, esto es un concepto altamente maleable en función de la intencionalidad política, y así la razonabilidad del Poder Judicial en la interpretación de “lo constitucional” y “lo inconstitucional” se halla supeditada al poder de turno...

Atendiendo a lo explicitado sobre el poder de policía, el Decreto N° 260/2020 se enmarca, atendiendo a la situación mundial y local, como un uso legítimo del poder de policía del Estado. Las circunstancias extraordinarias, como la expansión de una pandemia de una enfermedad, *a priori* desconocida, sin tratamiento y con un pronóstico incierto, llevan a que el mejor criterio indica que se requiera la conformación de un comité de crisis formados por expertos en virología, infectología, médicos, etc. Estos tendrían como misión analizar la información disponible y la generada por organismos internacionales ad hoc como la OMS/WHO¹⁴ y la PAHO/OPS,¹⁵ y en función de esto recomendar cursos de acción para limitar en lo posible el impacto de la enfermedad. Desde luego que a diferencia de las medidas centradas en lo económico, las medidas tomadas por el gobierno se centraron en el cuidado de la salud.

12 Razonable: resulta preciso tener en cuenta que existe una enorme polisemia del término. ¿Qué es “razonable”? Depende a quién y cuándo sea hecha la pregunta. En el siglo XVI, quemar a una mujer sospechosa de brujería, podía ser algo razonable, y hasta con legislación que lo avale, por no hablar de las “razonables” leyes nazis de Núremberg de 1935, en un momento que Alemania era uno de los países más alfabetizados, tecnológicamente avanzados, con un enorme desarrollo de la filosofía y las ciencias... Por ello, hablar de “lo razonable” o “lo no razonable” podría ocupar una biblioteca, y hacemos estas acotaciones, debido justamente a la variabilidad semántica del término.

13 CSJN: L. E. H. Y otros c/ O. S. E. P. s/ amparo. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7243421>

14 Organización Mundial de la Salud / World Health Organization.

15 Pan American Health Organization / Organización Panamericana de la Salud.

Lo más paradójico es que los indicadores macroeconómicos tales como el PBI (Producto Bruto Interno) o Tasa de Ocupación y/o Actividad Industrial de los países que no adhirieron a la cuarentena (USA, Brasil, etc.) cayeron en igual o mayor proporción que los de los países de Europa o Argentina con cuarentenas estrictas. Ergo, se perdieron vidas sin ningún beneficio, ya que ni siquiera esta especie de “sacrificio de Ifigenia”, buscando evitar una crisis económica, mejoró la situación de la población sobreviviente. En la sumatoria final, todo parece indicar que la relación costo/utilidades fue mejor para países que siguieron el consejo de los equipos científicos y adoptaron la cuarentena que para los que no lo hicieron. Dicho de otro modo, considerando la economía y las tasas de infección-muertes, *ceteris paribus*, les fue mejor a los países que hicieron la cuarentena que a los negacionistas.

Ahora bien, como todo acto administrativo, el Decreto N° 260/2020 debe cumplir con algunos supuestos emergentes de la Ley N° 19549 de Procedimiento Administrativo. Esta exige que todo acto administrativo, más allá del principio de legalidad *stricto sensu*, cumpla con los requisitos de competencia, causa, objeto, finalidad y forma.

En el caso del Decreto N° 260/2020, podemos observar esto, visto que se cumple:

- a) Competencia: la medida es de alcance nacional. El PEN tiene competencia sobre todo el país. Luego, es competente que sea el presidente de la Nación, en acuerdo general de ministros, quien dicta la norma. Tiene la facultad de emitir ese decreto por el artículo 99, incisos 1 (el presidente como responsable político de la administración general del país) y 3 (facultad de emitir los DNU) de la CN. Por lo tanto, existe la competencia en términos de jerarquía (es el presidente); materia (proteger y promover el bienestar general de los ciudadanos); territorio (medida de alcance nacional sobre todo el país), y, podría agregar, hay una competencia de “tiempo”: la velocidad de propagación de la enfermedad hace desaconsejable cualquier dilación, como esperar al tratamiento ordinario del Congreso.
- b) Causa: entendida esta como los antecedentes de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo; se halla contenida en los considerandos, visto que la OMS (donde la Argentina es miembro pleno) declaró la existencia de una pandemia (epidemia a escala planetaria) de SARS-CoV-2 (coloquialmente llamado COVID-19). Asimismo, la evidencia científica de la propagación en la región y el país (en el momento del dictado del decreto) obligan a la rápida adopción de medidas para la proteger a todos los habitantes y prevenir el daño potencial de la pandemia.
- c) Objeto: disponer medidas generales para evitar la propagación del virus y proteger a toda la población de sus efectos. Esto se desprende de la lectura del articulado del decreto. Por ejemplo, el artículo 1 extiende la emergencia sanitaria ya existente, el artículo 2 faculta al Ministerio de Salud a tomar las medidas ad hoc, el artículo 7 y subsiguientes explicitan el aislamiento/cuarentena, etc. No se explicita “evitar y controlar la propagación de virus para proteger a la población”, se halla implícito en todo el documento.
- d) Finalidad: evitar la propagación y mitigar los efectos del COVID-19 entre la población del país, garantizar la atención de los enfermos de COVID-19 (por ello lo de los insumos críticos, los protocolos y normas para la atención que debe dictar el ministerio de salud, etc.). Esta, entendemos, se halla en los considerandos: “a fin de mitigar su propagación y su impacto sanitario”.

- e) Motivación: entendida como las razones que han movido a la administración a dictar el acto, también se halla implícita en el texto del decreto. Podríamos resumir: *hay una pandemia de Covid, tenemos que evitar que enferme y dañe a la población, por lo tanto adoptamos un conjunto de medidas para ello.*
- f) Forma: este requisito también es evidente. Consta la fecha y lugar, las firmas del responsable, expresamente en su texto se halla contenida la medida. Asimismo, el soporte, a priori digital/ electrónico, cumple con los supuestos de las leyes N° 26685,¹⁶ 25506,¹⁷ así como todo el plexo normativo preexistente sobre la gestión documental electrónica (GDE).¹⁸

Un detalle no menor, es que este DNU, hecho en acuerdo general de ministros, fue oportunamente girado a la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo del Congreso para su consideración, según lo establece el artículo 99 de la CN. La precitada comisión emitió dictamen favorable al DNU precitado el 29/04/2020¹⁹ a partir de ese dictamen, la Cámara de Diputados de la Nación, con fecha 05/05/2020,²⁰ declaró la validez del DNU y, consecuentemente, el H. Senado de la Nación, a través de la Resolución N° 24/2020²¹ del 13/05/2020, resuelve declarar la validez y vigencia del DNU N° 260/2020.

Demás está decir que el DNU, cuestionado por algunos, cumplió con todos los requisitos para garantizar la legalidad de su validez, puesto que el Poder Legislativo covalidó la medida de urgencia dispuesta por el PEN.

Es conveniente hacer notar la secuencia temporal de las fechas con que se dio tratamiento. El DNU es emitido el 12/03/2020; y cumplido –en tiempo por demás expeditivo– el trámite parlamentario; esto es, desde eleve a la Comisión Bicameral y su tratamiento, emisión del dictamen (29/04/2020), tratamiento y aprobación en el pleno de Diputados (05/05/2020) y tratamiento y aprobación por el Senado (13/05/2020), pasaron dos meses. Es evidente que, de dar curso a un proyecto de ley, los tiempos parlamentarios (aun estando en ese momento en período de sesiones ordinarias) eran incompatibles con el manejo exigido por los tiempos de la pandemia. Entendemos que de haberse dado un tratamiento legislativo regular, el impacto de la pandemia, en términos de infectados, muertos y fortalecimiento del sistema sanitario, hubiera sido mucho más perjudicial para el conjunto de la población.

Por ello, siguiendo el fundamento constitucional del poder de policía que se encuentra en el artículo 14 de la CN, el cual limita el ejercicio de los derechos de los ciudadanos a las leyes que lo reglamenten, si bien no se habla explícitamente desde el nacimiento de la historia constitucional argentina a nuestros tiempos de este poder, sí hubo una recepción “iusfilosófica” del mismo, desde que deja en claro el artículo mencionado la postura de la CN acerca del carácter relativo de los derechos. Ningún derecho es

16 Ver <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/184193/norma.htm>

17 Ver <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>

18 Recuperado de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=149

19 Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/upload/33599.pdf>

20 Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/upload/33360.pdf>

21 Recuperada de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232333/20200721>

absoluto, el Estado encuentra dentro de sus facultades el de regular el ejercicio de los derechos, siempre respetando la forma en que la misma Constitución le impone. Esto surge principalmente del juego armónico de los artículos 14, 17, 18, 19 y 28 de la CN, haciendo una interpretación conjunta de ellos podemos afirmar que los derechos garantizados por la CN a los individuos no pueden ser limitados sino por una ley, o este caso, un DNU que fue validado por el Congreso de acuerdo con los mecanismos prescritos por la misma CN, y según la interpretación que ha hecho la CSJN antes mencionada.

V. Reflexiones a modo de conclusión

En muchos aspectos, podemos decir que la Argentina es un país contradictorio. Desde los orígenes de nuestra institucionalidad, la organización y conformación del Estado en todos sus niveles.

Los debates, y esto es un eufemismo por las encarnizadas luchas que hubo en los orígenes, y a lo largo de toda nuestra historia política, social, económica, cultural, etc., nunca, hasta la actualidad, llegaron a un pleno de consenso. Es increíble que los únicos momentos en los que todo el país tenga un atisbo de unidad sea durante un partido de fútbol de la Selección...

La “grieta” es casi un sinónimo de Argentina. Y esto tuvo su génesis en el mismo 25 de Mayo de 1810. Desde el radicalizado republicanismo de Moreno, al ideal monárquico de Belgrano, nunca se logró un acuerdo pleno de ¿qué país queremos ser? Y qué decir del 25 de Mayo de 1810, un golpe de Estado dado por una minoría burguesa oportunista, que quería tener una cuota de poder. Y nos atrevemos a decir *golpe de Estado*, si entendemos esto como un quiebre del orden institucional. Nos guste o no, existía un orden instituido, el orden virreinal. Ser una colonia del Imperio español era tener una estructura estatal, cuyo ápice superior era el rey de España. Repito, no estamos defendiendo el orden virreinal, solo exponemos que si un golpe de Estado es un quiebre del orden instituido, entonces en 1810 hubo uno. Pero lo más interesante, la Revolución de Mayo (“Revolución” suena mejor y con cierta nobleza, en oposición a “golpe”) no buscaba una independencia: la junta y los gobiernos sucesivos (Junta Conservadora, Junta Grande), *teóricamente*, gobernaban en nombre del rey de España, Fernando VII, cautivo de Napoleón, por esos años.

Tal vez el mejor intento constitucional y de configurar un país que se hizo antes de 1853 fue la Asamblea del Año XIII. San Martín insistiendo en una declaración de independencia, puesto que si no éramos un país independiente, y el gobierno de Buenos Aires gobernaba en nombre del rey español, ¿con qué legitimidad y a título de qué él peleaba contra los ejércitos españoles? San Martín, según se puede ver en algunos epistolarios, tenía un sentimiento profundamente independentista, nacionalista; pero quizás con la visión de una América Latina unida en un proyecto continental, como simón Bolívar. Nunca se sabrá cabalmente qué discutieron San Martín y Bolívar en Guayaquil en 1822. En el mejor de los casos, una Federación de Estados Sudamericanos. Aunque San Martín ya le habría dicho a Bolívar que, de los países australes, contaba con el apoyo de Chile, Uruguay y Perú; pero creía que desde

Asunción²² y Buenos Aires no estarían tan de acuerdo con la idea... La oligarquía porteña no estaría dispuesta a integrar ninguna entidad supranacional en la que no tuviera influencia decisiva. Casi desde el mismo instante de la Primera Junta, existió una grieta entre los intereses de Buenos Aires y el interior. Esta grieta política, se ampliará con la Generación del 37, ya que como se expuso, los ideales republicanos de esa “generación” se limitaban a la minoría ilustrada, que debía ser quien mandara. Con Alberdi y Sarmiento no fue diferente. Y la oligarquía porteña, aliada con las oligarquías provinciales y con el proyecto liberal-conservador de la Generación del 80 y el roquismo, se erigirá como la “nobleza terrateniente”, la *burguesía pampeana* de O’Donnell (1982), aliada en el modelo agroexportador del Imperio británico... y sigue la historia. Una República Argentina que hasta 1946 (con un “bache” entre 1916 y 1930), solo conocerá ese modelo liberal-conservador. Liberal en lo económico y civil; pero conservador en lo político. Las élites porteñas, ilustradas-liberales y luego liberal-conservadoras, despreciarán lo *popular*, por considerarlo como sinónimo de “vulgar”. Las élites, así, despreciaron sin reparos y del modo más explícito, al gauchaje (cuya sangre no era menester escatimar decía Sarmiento); al radicalismo yrigoyenista popular; a esos “cabecitas negras” y el “aluvión zoológico” del 17 de octubre de 1945 en la Plaza de Mayo; a ese primer peronismo y esa resistencia peronista entre 1955 y 1973 y a los subversivos del Proceso... Las élites, ahora asociadas a una clase media “con pretensiones” de pseudo “clase alta”; indignadas (y frecuentemente afectas al *gatopardismo*) formarán una grieta que los separe de esos miles de nadies, que conforman el subsuelo de la Patria. Y no toleran que esos nadies, sobre el cual construyeron muchas veces sus ganancias, tengan algún derecho. Esa es la parte que protestó contra ese poder de policía, legítimamente utilizado en esta pandemia. Desde luego, es imposible saber cuántas vidas salvó; sin contar las eventuales secuelas de quienes se infectaron y sobrevivieron al COVID-19. Lo que sí podemos saber, son los números de muertos de los países que no tomaron medidas (USA, Brasil), para “proteger” una economía frágil. El resultado no pudo ser más inapelable; perdieron millones de vidas, y sus economías cayeron en la misma proporción que las de los países que tomaron medidas como la Argentina. Por lo que no lograron ni lo uno (proteger sus economías) ni lo otro (proteger a sus habitantes). Por ello, resultan caprichosas, reñidas con la inteligencia y el sentido común, las manifestaciones anticuarentena. Son los mismos que, si se toman medidas protesta y si no se toman medidas, también protestan. Criollamente diríamos, un ejemplo de “Gata Flora”. Y esa es la élite (convencida de su nobleza, privilegios y superioridad) que quiso, por todos los medios (como recurrir a la CSJN por un tema de jurisdicción escolar), oponerse a medidas legítimas, constitucionales y hasta necesarias (por molestas que fueren); oponerse a lo que sea, solo porque no son medidas que tomaron ellos, y acusando a un gobierno de “populismo”, sin saber que significa ese término; cuando es solo el ejercicio de los mecanismos democráticos que tenemos. Quizás no los mejores, pero por ahora son los únicos legales, aunque no siempre justos.

22 Paraguay se había separado de las Provincias Unidas (en 1842, declara formalmente su independencia de la Confederación Argentina), y durante los gobiernos de G. Rodríguez de Francia, C. López y F. Solano López, permanecerá aislado, entre 1814 y 1864, hasta la inicio guerra de la Triple Alianza (1864-1870).

Bibliografía y fuentes utilizadas

- Alberdi, J. B. (2017[1952]). *Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina*. Recuperado de <https://bcn.gob.ar/uploads/BasesAlberdi.pdf>
- Argentina, CSJN, L. E. H. y otros c/ O. S. E. P. s/ amparo. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7243421>
- Argentina, Ley N° 25506. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>
- Argentina, Ley N° 26685. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/184193/norma.htm>
- Argentina, Resolución 24/2020, Declárase la validez del Decreto N° 260/2020. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232333/20200721>
- Botana, N. (1984). *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*. (Capítulos VI y VII, pp. 263-416). Buenos Aires: Sudamericana.
- Dewey, J. (1996). *Liberalismo y acción social y otros ensayos*. Valencia: Ed. Alfons el Magnánim.
- Gordillo, A. (2016). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. (Tomo 9, Libro I, Capítulo 10). Buenos Aires: FDA. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo10.pdf
- Infoleg (s/f). Normativa Sistema de Gestión Documental Electrónica. Recuperado de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=149
- Kodelia, G. (2016). Cuando el que invade es el Poder Judicial. El rediseño del concepto de causa como mecanismo de intromisión. En E. M. Alonso Regueira (dir.), *El control de la actividad estatal II. Procesos especiales, responsabilidad y otros supuestos* (p. 288). Buenos Aires: Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Malamud, A. (2006). Estado. En L. Aznar y M. De Luca (comps.), *Política: cuestiones y problemas* (pp. 83-85). Buenos Aires: Emecé Editores.
- O'Donnell, G. (1982). *El estado burocrático autoritario, 1966-1973. Triunfos, derrotas y crisis*. Buenos Aires: Editorial Belgrano.
- Puiggrós, A. (1996). *¿Qué pasó en la educación argentina? Desde la conquista hasta el menemismo*. Buenos Aires: Kapeluz.
- Rousseau, J. J. (2003[1762]). *El contrato social, o sea principios del derecho político*. Recuperado de <https://biblioteca.org.ar/libros/70390.pdf>
- Sarmiento, D. F. (2011[1849]). *Educación popular*. Recuperado de <https://editorial.unipe.edu.ar/coleccion/ideas-en-la-educacion-argentina/clasicos/educaci%C3%B3n-popular-detail>
- Schvarzer, J. (1996). *La industria que supimos conseguir*. Buenos Aires: Planeta.