

Por Gabriel F. De Pascale*

LA CONSTITUCION EN MODO COVID 19

Todavía, a pesar de la negativa del Presidente de la Republica, se escuchan voces que demandan que se debería instituir el estado de sitio como fundamento legal de las lesiones o restricciones que la cuarentena necesariamente impone a nuestros derechos y libertades personales. Muchas de ellas, con la intención de argumentar en contra de la legalidad o constitucionalidad de tales medidas y de sus abrumadoras consecuencias. Creo – y voy a tratar de explicarlo aquí- que ese no es el camino correcto.

Declarar el estado de sitio tendría dos defectos insanables, uno en su origen y otro en sus consecuencias.

En cuanto a su origen, este surge evidente del mismo texto constitucional, cuando declara que el mismo podrá decretarse por conmoción interior o ataque exterior. Es verdad que la definición de “conmoción interior” es problemática y está sujeta al poder discrecional del Congreso o del Presidente cuando las Cámaras están en receso, pero creo que no sería difícil concordar que en sí misma la pandemia no representa un caso de conmoción interior. No digo que no pueda derivar en ella, pero en tanto no exista perturbación del orden que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, no sería correcto afirmar que existe tal conmoción desde el punto de vista estrictamente constitucional. Aceptar ampliar los motivos enunciados por la misma CN para permitir el dictado del estado de sitio, representaría un peligro institucional mayúsculo ya que dejaría a la misma constitución y la libertad de los habitantes expuesta a abusos inconcebibles. En materia de remedios constitucionales, -como el estado de sitio- debemos ser estrictos.

En cuanto a las consecuencias, acertó el Prof. Fernández al afirmar que su dictado sería inconducente ya que eso solo lo autorizaría a detener personas y esa no era su intención, sino más bien que las mismas respondan por su conducta ante los Tribunales. En efecto, la CN autoriza al presidente durante la vigencia del estado de sitio a arrestar o trasladar personas porque su dictado SUSPENDE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES, de modo que, como surge del mismo texto –que repito debe interpretarse de manera literal- **el estado de sitio no restringe o limita derechos**, tal como lo sostuvo abundante doctrina y jurisprudencia. Recordemos que este instituto tuvo un pésimo uso y se lo asocia en el inconsciente colectivo con las más oscuras etapas del país, y su interpretación judicial –mal que nos pese- muchas veces acompañó, avalando desde su jurisprudencia, procesos o gobiernos de facto.

Pero en realidad, los remedios constitucionales –estado de sitio; intervención federal y decretos de necesidad y urgencia- son medidas excepcionales que la constitución contiene, para preservar su vigencia en momentos o situaciones políticas o institucionales extremas. Su función es preservar “la salud” de la constitución, y consecuentemente el sistema republicano, en momentos de crisis. No lo contrario.

El dictado del Estado de Sitio no es idóneo para impedir la circulación, la libertad de expresión, el derecho de reunión, ejercer el comercio, industria etc. Se limita a suspender las garantías que protegen la libertad del individuo, a fin de habilitar al presidente a arrestar o trasladar personas sin intervención judicial.

Incluso esa facultad del presidente tiene límites que no aparecen en el texto constitucional pero si en una acertada definición que del mismo hizo la CSJN en el caso Timerman (Jacobo, el periodista, padre del ex ministro de relaciones exteriores) donde se declara que la autoridad del presidente no es absolutamente discrecional sino que esa facultad puede ser ejercida siempre y cuando la persona arrestada o trasladada (puesta a disposición del poder ejecutivo) haya tenido que ver con los motivos que generaron la declaración del estado de sitio o sea la conmoción interior o el ataque exterior-.

Ahora bien, saldado este punto, ¿qué papel juegan los derechos constitucionales en la denominada “emergencia sanitaria”?

Los derechos constitucionales, al no ser absolutos, están sujetos a la reglamentación que de ellos pueda hacer la ley, pero también sabemos que esa reglamentación no puede alterarlos o suprimirlos.

La legislación de emergencia dictada por el poder ejecutivo conculcó o al menos limitó de manera categórica una buena cantidad de libertades y derechos que de tan sufridos extrañados diariamente por muchos de nosotros sería sobreabundante describir aquí.

Toda restricción de las libertades y derechos tiene una presunción prima facie de inconstitucionalidad. Ya que la libertad es el principio y su restricción la excepción.

El control de constitucionalidad en nuestro país puede ejercerlo cada juez, aunque en última instancia, la Corte Suprema de Justicia termina definiendo la cuestión ya que actúa como Tribunal Constitucional, declarando que normas son constitucionales y cuales no lo son.

Una digresión: Con la actividad de los abogados sometida a cuarentena parece más difícil que la reivindicación de los derechos –por ejemplo, por vía del amparo- pueda ejercerse

con total libertad. Recordemos, aunque no sea el caso- que ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Res. 1/ 2020) declaró que tanto el amparo como el habeas corpus no pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia.

Como la Constitución está plenamente vigente para que las restricciones a los derechos y libertades puedan siquiera discutir su constitucionalidad, a mi criterio, deben al menos cumplirse estos requisitos:

Debe ser **limitada** es decir que las restricciones deben limitarse al mínimo estrictamente posible para cumplir su objetivo.

Deben ser **razonables o proporcionales** es decir dichas restricciones deben ser una respuesta justificada, adecuada y razonable a la emergencia, además de la única posible.

Deben ser **temporales** las restricciones sin límite temporal no pueden ser admitidas ya que pueden derivar en una lesión al sistema republicano.

Deben ser tomadas en los **ámbitos democráticos más amplios disponibles** procurando la necesaria intervención de los poderes legislativos y fomentando la discusión pública.

Deben ser **controladas** es decir debe haber una oportuna intervención del tribunal constitucional a fin de encuadrar constitucionalmente la legislación de emergencia. Y además controlada su ejecución, evitando lo que se ve diariamente, excesos discrecionales de parte del poder ejecutivo -en sus tres niveles- asumiendo funciones y prerrogativas de dudosísima legalidad y legitimidad.

El título del artículo me señala que no debo dejar de abordar el tema en boga: La expropiación de “Vicentin”. Estas líneas fueron escritas mucho antes de su anuncio y ello me podría haber exonerado, pero la conversación que tuvieron nuestro Presidente y la periodista Cristina Pérez, me pudo. Así que solo un par de comentarios de algo que es tan obvio que ni siquiera merecería análisis. No entro en consideraciones políticas.

El estado tiene solo las atribuciones que la ley le confiere, al revés que las personas. Este es el básico y elemental principio de reserva del art 19 CN: las personas tenemos toda la libertad que no se encuentre regulada o prohibida por ley, pero el Estado por el contrario y justamente para el resguardo de nuestra libertad, solo y exclusivamente puede hacer lo que la ley lo habilita.

La Constitución Nacional (art. 17) y su ley reglamentaria 21449 (ley de expropiaciones) no autorizan a expropiar personas jurídicas, lo que se puede expropiar son “bienes” sean estos muebles o inmuebles.

Claro, siempre con la **previa declaración del Congreso de la utilidad pública del bien** que, según la ley, -esta utilidad pública- comprende todos los casos donde se procure la **satisfacción del bien común**, sea este de naturaleza material o espiritual.

No existe ni en la C. N. ni en la ley de expropiaciones, la posibilidad de ocupar o poseer los bienes a expropiar **ANTES de la declaración de utilidad pública y del pago o consignación de la indemnización** previamente fijada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación y/o los organismos técnicos pertinentes.

Y por último, **en el caso, no es posible usar el instituto de la ocupación temporaria** -previsto en la ley de expropiación- porque hacerlo no sería -como escuché- forzar la ley, sería directamente tergiversarla y falsearla. Este instituto está previsto para cuando el Estado ocupa “temporariamente” un bien que no se piensa quedar, eso es algo totalmente distinto a la expropiación: necesita usarlo transitoriamente por una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita y después se lo devuelve al dueño, ¿qué tiene que ver eso con una ocupación o posesión anticipada violando todos los presupuestos de la ley?

Para no asustarme, voy a tomar como furcios los dichos presidenciales de “...no suspendí el concurso...” y “...el poder ejecutivo puede expropiar...” porque entiendo que el Prof. Fernández sabe de sobra que eso es imposible constitucionalmente.

Una última reflexión: es compatible con una idea mínima de democracia moderna que durante la emergencia, donde está limitada la actividad del poder legislativo a sesiones virtuales se pretendan decidir de parte del gobierno temas sustanciales y ajenos a la situación de emergencia como –entre otros- la reforma a uno de sus poderes?

Si bien podría afirmarse que es legal, ¿sería legítimo? ¿No sería prudente, de buen sentido republicano, que esos temas sean tratados cuando pueda darse la discusión pública que merecen, y el Poder Legislativo funcione normalmente? No sea cosa que se corte la luz...

*Doctor en Filosofía y Profesor Titular de Derecho Constitucional y DD HH en UNLZ y UNLU.