

## Un par de problemas de raigambre constitucional que pone de manifiesto la pandemia

Por Jaime Ruben Sapolski

Profesor Titular de Derecho Constitucional

---

Esta insólita situación a la que nos vemos enfrentados como integrantes de la sociedad nacional y, por cierto, de la humanidad considerada globalmente, genera un enorme conjunto de derivaciones, que comprenden a las diferentes ramas del derecho y, naturalmente, también al derecho constitucional.

El siguiente aporte intenta acercar un análisis sobre un par de temas que son objeto del debate público, en cuestiones opinables. No pretendemos sostener que nuestras conclusiones sean las únicas posibles ni las más ajustadas. En cualquier caso, quizás sean útiles para la reflexión y puedan conducir a un análisis más profundo. Tampoco son posturas que no hayamos sostenido previamente, pero aprovechando la hospitalidad de esta página, y con un único propósito constructivo, las someto a consideración de los amables lectores.

### 1º. Sobre la postergación extraordinaria de las elecciones de autoridades departamentales y municipales.

El tercer inciso del artículo 77 numeral 9º de la Constitución de la República fija, sin considerar otra alternativa, que las elecciones *“de los Intendentes, de los miembros de las Juntas Departamentales y de las demás autoridades locales electivas, se realizará el segundo domingo del mes de mayo del año siguiente al de las elecciones nacionales”*.

La Corte Electoral ha anunciado, con toda lógica, que en las condiciones actuales no puede garantizar el cabal desarrollo del acto electoral y de su organización.

Se ha dicho, y se ha dicho bien:

a Que la Constitución no admite alternativa, que las normas existen para ser cumplidas y que, si bien son posibles las modificaciones, ello requeriría seguir los procedimientos previstos, concretamente en el artículo 331º de la Carta. Es decir que habría que recurrir a un plebiscito que habilite la postergación, lo que implica movilizar al cuerpo electoral.

b. Que corresponde una interpretación integrada de la Constitución, que debe incorporar la proclamada defensa de la salud e higiene públicas mencionada en el artículo 44º. En esta línea de razonamiento, podríamos agregar que todo el sistema que conforma nuestro régimen institucional presupone la preeminencia del individuo de la especie humana como supremo valor, lo que determina una interpretación “pro

persona”. Basta como referencia, al respecto, la mera lectura de los artículos 7º, 72º y concordantes, así como la proclamación formulada por los instrumentos internacionales ratificados por la República y por la fuente de inspiración que deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Contamos, al menos, con lo que dispone el inciso final del artículo 268º que aporta una previsión, por cierto que lateral, pero que al menos aproxima al problema: *“Si en la fecha en que deba asumir sus funciones no estuviese proclamado el Intendente electo o fuese anulada la elección departamental quedará prorrogado el período del Intendente cesante, hasta que se efectúe la transmisión del mando”*.

Sucede que las normas se dictan para su aplicación a la realidad. A veces corren tras ésta y otras, procuran modificarla, pero, en cualquier caso, la realidad no puede ser desconocida como dato esencial.

No se me escapa el riesgo que entraña sostener la relevancia de los hechos enfrentados a la consagración normativa. Una perspectiva desbordada, puede derivar en el desprecio por la norma, en las distintas expresiones de “realpolitik”. Sin embargo, nadie puede concebir que la situación de hoy tenga relación con algún tipo de designio subterráneo y los hechos con sus riesgos derivados, están allí interpelándonos.

Reflexionando sobre el punto, nos encontramos con las consideraciones que realiza Reinaldo Vanossi (“Teoría Constitucional T. I, Buenos Aires, pág. 228), cuando postula, inspirado en la obra de Fritz Schreier, la existencia de una “norma de habilitación”, que posibilita incluir en el derecho positivo, como válido, una disposición que, por contrariar la norma superior antecedente, sería en origen, nula. Sostiene Vanossi: *“¿Cómo puede darse la habilitación a ese nivel? Pues, sencillamente, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que quite validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior. ... En definitiva, la habilitación equivale a la no impugnación, a la imposibilidad de impugnación”*

Sobre la base de un razonamiento de esta índole, hemos asumido tradicionalmente como válidas las reformas constitucionales de 1934 y de 1942, derivadas y empleadas como medio de reinstitucionalización, tras sendos golpes de estado. Además, cabe señalar que nuestro sistema constitucional, en principio rígido cede parcialmente esa rigidez cuando consagra que la eventual declaración de inconstitucionalidad sólo refiere al caso concreto y que sus efectos se limitan a los procedimientos objeto de pronunciamiento (art. 259), además de que ese pronunciamiento sólo procede cuando es posible argüir por parte del interesado, la existencia de un interés directo, personal y legítimo. (art. 258)

Hay un concepto que merece ser considerado, el de “fuerza mayor” que, habitualmente, se aplica en el derecho contractual como justificativo ante la imposibilidad de cumplimiento. Henri Capitant (Vocabulario Jurídico, Buenos Aires – 1973), lo define como el *“acontecimiento que no ha podido ser previsto ni impedido y que libera al deudor por imposibilidad de cumplir su obligación”*. Manuel Ossorio (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina 1991) asimila el concepto al de “caso fortuito”, aunque señala que algunos autores reservan esta última expresión a cuando la situación se vincula, mayoritariamente, a hechos de la naturaleza como, “por ejemplo, el desbordamiento de un río, los terremotos, las tempestades, las pestes, los incendios”.

Y bien, en definitiva, el reconocimiento por el legislador de una situación de crisis imprevisible, sin antecedentes inmediatos, con el único propósito del amparo de la salud de nuestra población, que postergue en forma mínima el acto electoral habilitando a que la Corte Electoral actúe en condiciones normales y evitando el riesgo de que alguien se contagie durante la espera o la capacitación, o que evite, alternativamente, una abstención generalizada, no contradice la esencia de nuestro sistema democrático. Más bien, lo contrario.

Se ha propuesto restañar la situación de apartamiento de la norma constitucional que se generará por el inevitable aplazamiento de las elecciones departamentales mediante una propuesta de reforma de la Constitución que se sustanciaría por medio del procedimiento denominado “de las leyes constitucionales”.

Existe consenso en que las “leyes constitucionales” no son leyes, más allá de las similitudes de procedimiento. Deben ser sancionadas por dos tercios de integrantes de cada una de las Cámaras, en la misma legislatura. Se trata de un procedimiento, entre otros previstos, para la reforma de la Constitución que tiene, en el caso de culminar, los mismos efectos que cualquiera de los demás procedimientos.

La norma correspondiente, el artículo 331º literal D de la Constitución, expresa claramente que no entran en vigor sino hasta la realización de un plebiscito aprobatorio, a celebrarse en la fecha en que el proyecto de “ley constitucional” indique, en el que la ciudadanía debería “expresar su conformidad por mayoría absoluta de los votos emitidos” La fórmula difiere con la solución prevista para los otros procedimientos de reforma, que requieren un apoyo de por lo menos, el 35% de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico y la mayoría absoluta de quienes concurran a los comicios, en el caso de los literales A y B - métodos de iniciativa popular y de iniciativa legislativa - que necesariamente deben coincidir en su fecha, con un evento electoral. En el caso del literal C – método de la Convención Nacional Constituyente - que puede no ser coincidente con las elecciones, el plebiscito aprobatorio debe contar con el apoyo

mayoritario que represente, también, por lo menos, el 35% de inscriptos en el Registro Cívico. No es ésta la ocasión para interpretar qué significa este requisito de quórum.

La expresión del literal D es, seguramente, un rescoldo del texto de 1934, que incorporó el procedimiento en el literal C en su artículo 248. La diferencia, nada menor, consiste en que entonces, la “ley constitucional” entraba a regir de inmediato a partir de la sanción y debía ser ratificada en un plebiscito a realizarse simultáneamente con “la primera elección que se realice después de su sanción, estándose a la decisión plebiscitaria, pronunciada por la mayoría de los votos emitidos”. O sea que, en la versión original, debía compararse la expresión aprobatoria con la concurrencia electoral y, sólo se consideraba ratificada la reforma si el apoyo llegaba a superar la mayoría de los votos emitidos.

Sucede que, habiéndose cambiado el procedimiento, y quedando supeditada la aprobación al resultado del plebiscito que ha dejado de ser ratificatorio para tornarse en aprobatorio, el alcance de la expresión comentada genera desconcierto.

Porque, se me ocurre, podría estar indicando que, a pesar de no decirlo expresamente como se hace en el procedimiento del artículo 331 literal C “Convención Nacional Constituyente”, se estaría imponiendo un pronunciamiento por “sí” o por “no”, indicándose que el “sí” debe superar a los por el “no”, más los pronunciamientos en blanco. Otra posibilidad, entiendo que descartable porque se le dotaría a la expresión un contenido que no consta en la redacción, sería interpretar que está referida solamente al caso hipotético de coincidencia del plebiscito con elecciones que, para el caso de las “leyes constitucionales” es solamente una posibilidad. No parece adecuado distinguir situaciones cuando la norma no lo hace. En el caso concreto, se ha manejado la posibilidad de hacer coincidir el plebiscito con las elecciones departamentales, con la intención de que el Poder Constituyente, o sea la ciudadanía, convalide con su decisión lo que significa un apartamiento del mandato constitucional.

Lo cierto es que podría suceder que el plebiscito no fuera aprobatorio. Si eso sucediera, si prendiera la postura nihilista que parece trasuntar algunos actores sociales, la enmienda sería peor que el soneto puesto que la elección, que en apariencia todos coinciden a nivel de los referentes políticos, en cuanto a que no se puede realizar ahora, aparecería como deslegitimada como respuesta de una postura de desencanto o desinterés. Asimismo, aparecería como desvalorizado el propio ejercicio democrático. Son momentos de crisis en los que, de pronto, afloran las posturas anómicas y sostener la institucionalidad, lo que se hace con el procedimiento pretendido, aunque aparezca como paradójico, constituye una obligación del sistema político establecido.

Como ya se ha dicho, el artículo 268 inciso final de la Carta llega a admitir que, por razones diversas a la previsión de normalidad, no haya elecciones válidas en la fecha prevista y que, por ende, las haya posteriormente. Entonces ¿a quién corresponde fijar la nueva fecha?

La Corte Electoral podría resolverlo, aún sin ley que se lo cometa, por lo que disponen los artículos 322 y 327 de la Constitución

Las disposiciones mencionadas proclaman:

*“Artículo 322.- Habrá una Corte Electoral que tendrá las siguientes facultades, además de las que se establecen en la Sección III y las que le señale la ley:*

A) *Conocer en todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales.*

.....

C) *Decidir en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan, y ser juez de las elecciones de todos los cargos electivos, de los actos de plebiscito y referéndum.*

*Artículo 327.- La Corte Electoral podrá anular total o parcialmente las elecciones, requiriéndose para ello el voto conforme de seis de sus miembros, de los cuales tres, por lo menos, deberán ser de los miembros elegidos por dos tercios de votos de la Asamblea General.*

*En tal caso deberá convocar a una nueva elección -total o parcial- la que se efectuará el segundo domingo siguiente a la fecha del pronunciamiento de nulidad”.*

Es muy fácil asimilar la hipótesis de anulación con la de inexistencia por razones de fuerza mayor. La Corte Electoral declararí que las elecciones previstas no existieron, la inexistencia es asimilable al mayor grado de nulidad y convoca a nuevas elecciones, lo que debería hacer para el segundo día siguiente. En el caso, en tanto que se mantendrían las circunstancias y motivos, se diferirían algo más.

¿Cuál es la razón para que el legislador tomara intervención en el tema y se pronuncie en este caso especialísimo, aún reconociendo la competencia de la Corte Electoral? Porque, el Parlamento es la expresión más representativa en que se ubican las distintas corrientes que componen la opinión pública. No hay otro órgano en que se reflejen de modo más fiel, teniendo en cuenta el principio de representación proporcional integral que constituye una de las bases de nuestro sufragio. Sería una expresión de consenso que legitimaría, al menos políticamente, a la solución de emergencia que se propicia.

Nuestra Constitución es rígida, es decir que solamente puede modificarse siguiendo los procedimientos previstos para la enmienda constitucional, consagrados en el artículo 331 y que requieren, sin excepción, un pronunciamiento plebiscitario.

Es rígida, sí, pero con importantes salvedades que derivan de los artículos 258 y 259 de la Constitución.

No prospera un accionamiento de inconstitucionalidad si el planteo no se formula por quien no “se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo”, circunstancia que es calificada por la Suprema Corte de Justicia, como resulta de su constante jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia rechaza los planteos de inconstitucionalidad cuando no lesionan ese interés y una hipótesis de que ello suceda es que la ley que se impugna ya ha cumplido todos los efectos. En el caso, la suspensión de las elecciones ya se habría producido.

Además, la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos generales, sino que se refiere “exclusivamente” para el caso concreto.

En otras palabras, no es imaginable que la SCJ declare la inconstitucionalidad de una ley que tuviera por contenido el de volver a la normalidad, superados en medida suficiente los efectos de la pandemia.

## 2º. Sobre el planteo de cuarentena total.

El segundo tema para considerar es que se ha bregado por la “cuarentena total”, concepto indeterminado que cabría definir. ¿Qué cosa es, exactamente? Porque no se trata de que se nos proporcione el título de la obra, acá lo que importa es el argumento. Una cuarentena total “con excepciones” o “con paros” no es una cuarentena total y, sería bueno no incurrir en falacias de falsa oposición o medir la sensibilidad frente al infortunio en función del tipo de palabras que se emplean. Las palabras, son solamente palabras.

Aparentemente se apunta a reducir, más aún, la presencia de las personas fuera de sus domicilios, estableciendo una restricción a la circulación, una especie de confinamiento preventivo, limitando a ese grado la libertad ambulatoria. No alcanzaría con la apelación a la responsabilidad de los sujetos, sino que se pretende que el Estado ejerza su imperio para sancionar a los infractores.

Resulta pertinente recordar que la salud constituye un estado integral que comprende una cota mínima de bienestar y tranquilidad social y espiritual. Lo expreso en palabras de la alcaldesa del Chuy, también relacionadas en los medios. “Acá hay gente que no se

va a morir por el virus sino que, si no los dejan trabajar, se va a morir de hambre”. El Presidente de la República realizó un comentario concordante.

Pretender que el Estado intervenga y prohíba una conducta significa que debería sancionar las infracciones, previa tipificación. Para eso, al menos, ni los funcionarios policiales, ni los magistrados judiciales, ni los agentes del Ministerio Público, deberían estar en cuarentena, en sus domicilios. ¿Y los médicos? ¿Y los vendedores puerta a puerta? ¿Y los cuidadores de personas discapacitadas? ¿Y los que sobreviven en la informalidad? ¿Cuántas excepciones se puede admitir?

La cuarentena total propugnada requeriría una ley que limitara, a ese extremo, para la emergencia, los derechos consagrados por los artículos 12º, 37º y 38º de la Constitución de la República. Se trata de las normas que prohíben el confinamiento “sin forma de proceso ni sentencia legal”, aseguran la libre entrada de toda persona en el territorio, su permanencia y salida con sus bienes, “observando las leyes y salvo perjuicios de terceros” y consagran el derecho de reunión que no puede ser desconocido por ninguna autoridad de la República, “sino en virtud de una ley y, solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden público”

Supongamos que se sanciona una ley. ¿Le reclamaremos a algún fiscal que formalice a quien se traslade hasta su trabajo o a la señora que sacó a su perro hasta la esquina o a quien intenta subsistir vendiendo alguna cosa en la calle? Si se admiten excepciones, la característica de “totalidad” deja de ser tal.

Alguien debería aportar, aunque más no fuera que las pautas del contenido propuesto, si es que las directivas del Gobierno no le resultan suficientes. No alcanza con el título, importa la sustancia, a menos que creamos en los poderes mágicos de las meras fórmulas enunciativas. Debería explicar los cómo, los cuándo, las formas de financiación y hasta prever los efectos, incluyendo los que podrían afectar las fuentes de trabajo. No se trata de favorecer al empresario sino de no espantar al inversor, por ejemplo.

Las limitaciones a los derechos requieren una ley que las consagre, dictada por razones de interés general como resulta del artículo 7º de la Constitución y del cúmulo de normas concordantes contenidas en la Sección II de la Carta, nuestra declaración de derechos fundamentales.

En cuanto a la regulación legislativa, es posible relevar:

- A. El artículo 224º del Código Penal: *“(Daño por violación de las disposiciones sanitarias) El que mediante violación a las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas*

*de cualquier naturaleza, causare daño a la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.*

*Será circunstancia agravante especial de este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional”.*

La aplicación de la pena está condicionada a la demostración de la causación de un daño a la salud humana o animal.

- B. La Ley 9202, de 12 de enero de 1934. Ley orgánica de salud pública.

El artículo 2º atribuye como competencia del Ministerio de Salud Pública:

*“1.º La adopción de todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva, y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial.*

*2.º En caso de epidemia o de serias amenazas de invasión de enfermedades infecto-contagiosas, el Ministerio adoptará de inmediato las medidas conducentes a mantener indemne el país o disminuir los estragos de la infección.*

*En este caso, el Poder Ejecutivo, dispondrá la intervención de la fuerza pública, para garantizar el fiel cumplimiento de las medidas dictadas.*

*3.º Determinar, cuando fuere necesario, por intermedio de sus oficinas técnicas, el aislamiento y detención de las personas que por sus condiciones de salud pudieran constituir un peligro colectivo”.*

El artículo 4º establece que *“Todo habitante del país tiene la obligación de someterse a las medidas profilácticas o de asistencia que se le impongan, cuando su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública, pueda constituir un peligro público. El Ministerio de Salud Pública podrá imponer, cuando lo estime necesario, la denuncia y tratamiento obligatorio de las afecciones que por su naturaleza o el género de ocupaciones a que se dedica la persona que las padezca, pueda tener una repercusión sobre la sociedad”.*

El artículo 5º, por su parte, dispone: *“El obligado a someterse a tratamientos podrá hacerlo en los establecimientos públicos, con sujeción a las condiciones que se le impongan, o privadamente, con el contralor de la autoridad, salvo el caso en que se disponga el aislamiento o la internación en un establecimiento o lugar determinado”.*

Habría otra vía, para impedir la movilidad de la gente. La prevista en el artículo 168 numeral 17 de la Carta, las “medidas prontas de seguridad”. Habilita a que, en casos graves e imprevistos de conmoción interior o ataque exterior se pueda detener a las personas, que no hubieran cometido delito alguno, en lugares no destinados a la reclusión de delincuentes o para trasladarlas de un punto a otro del territorio siempre que no opten por salir de él, y bajo el control de la Asamblea General o de la Comisión Permanente del Poder Legislativo en su caso.

Hace prácticamente medio siglo que no se ha recurrido al instituto y evoca un tiempo de polarización de la opinión pública y radicalización que, parecería, la opinión generalizada aspira a considerar superado definitivamente. Por otra parte, la regulación por ley conlleva al espaldarazo legitimante del Parlamento, en el que se encuentra representada la opinión pública en sus diversos matices.

Se ha mencionado, también, el artículo 31º de la Constitución que admite la suspensión de la seguridad individual, previa anuencia de la Asamblea General o de la Comisión Permanente, cuando le corresponde actuar a este órgano. No compartimos que pueda ser aplicable a la situación porque refiere a un estado extremo, como instrumento exclusivamente previsto para “la aprehensión de los delitos”, en el “caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria”.

En suma: la crisis nos interpela en cuanto al papel que corresponde al Estado y a su Gobierno, en situaciones de emergencia.

Marzo de 2020