

Reflexiones sobre el papel del Estado y del derecho en las situaciones de necesidad y emergencia

por Juan Carlos Cassagne

Sumario: 1. Excurso acerca del dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa. - 2. Un nuevo modelo de Estado: el Estado Regulador y Garante. - 3. La separación de poderes: subsistencia de un principio fundamental de los sistemas constitucionales en el Estado moderno. - 4. El estado de necesidad y la emergencia. - 5. La regulación de la emergencia sanitaria: el dictado de los DNU y su legitimidad constitucional. 5.1. Leyes de emergencia y reglamentos de necesidad y urgencia. 5.2. Límites materiales de los DNU. 5.3. Requisitos formales. 5.4. Los DNU dictados para reglamentar la emergencia sanitaria (DNU 260/20, 457/20 y 297/20). - 6. El futuro de la contratación pública. - 7. Reflexiones finales.

1. Excurso acerca del dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa

En el desarrollo dinámico que ha caracterizado a nuestro derecho administrativo no suele ser común el análisis de las teorías prevalecientes con el objetivo de comparar las nociones, que han ido asentándose a través de los años, sobre las funciones del Estado y la actividad administrativa, con la realidad que exhibe actualmente el derecho.

En América, sobre todo, hay quienes siguen utilizando antiguas categorías jurídicas como la del poder de policía, calificada de arcaizante(1), para aplicarlas a los problemas que se presentan en el mundo jurídico contemporáneo, sin tener en cuenta las diferencias de régimen jurídico, particularmente provenientes de los principios y de las nuevas técnicas que han surgido como consecuencia de los profundos cambios que se han operado en las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Se trata, en efecto, de un cambio radical. De custodio del orden público y guardián de la seguridad, pasando por la posición de titular y gestor de la casi totalidad de los servicios que satisfacen necesidades públicas, el Estado, sin abdicar de las funciones que tradicionalmente venía cumpliendo, se ha convertido, esencialmente, en un Estado Regulador y Garante, que establece reglas y controla, en forma permanente y prolongada, la colaboración de los particulares en esas funciones, promoviendo, en el plano económico, la competencia en los mercados e impidiendo los excesos de los monopolios naturales(2), sin perjuicio de su intervención en el campo social.

En la evolución de las teorías que dominaron el derecho administrativo del siglo XIX sobresalen dos concepciones vinculadas estrechamente con el concepto de poder público: la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carre de Malberg) y la alemana del poder público (consolidada en la obra de Otto Mayer).

La similitud de ambas concepciones radicaba en la posición neutral que asumía el Estado en sus relaciones con la sociedad y sus componentes, principalmente en materia económica, así como en la finalidad de su objeto, focalizado en el mantenimiento del orden y de la seguridad pública. En esa etapa histórica, la actuación del Estado, en materia de policía, estaba gobernada por las ideas del absolutismo y los derechos públicos de las personas no surgían de las leyes ni del derecho natural sino de la autolimitación del propio poder estatal al que los ciudadanos estaban vinculados por un estricto deber de obediencia. La situación de los derechos privados era diferente ya que, en ese escenario, regían las reglas de los Códigos Civiles y las consecuentes garantías que protegían esos derechos ante los jueces.

Desde luego que la tónica apuntada fue la línea general seguida por las concepciones europeas del poder público ya que, por diferentes razones, no se puede desconocer que el Estado intervino en el campo económico, aun cuando esas intervenciones eran excepcionales y muchas veces transitorias o esporádicas.

Pero ambas teorías sucumbieron, total o parcialmente, debido a distintas causas. La crisis de la concepción de la policía administrativa tuvo mucho que ver con la ampliación de la actividad estatal pues, al

extenderse la intervención del Estado al ámbito de la economía privada, surgieron las policías especiales cuya regulación no podía llevarse a cabo solo con las técnicas de las medidas restrictivas de los derechos y conductas propias de la policía administrativa.

Las categorías clásicas abstractas que componen la estructura de las instituciones administrativas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de la Administración (reglamentos, actos administrativos, contratos de la Administración, etc.), al igual que las formas de acción que utilizaba la antigua policía (órdenes, autorizaciones, coacciones y sanciones), integran actualmente el conjunto de los poderes de regulación(3), que actúan en la prosecución de otros fines como son la promoción de la competencia, o la apertura de nuevos mercados, o el ingreso de nuevos operadores a los sistemas de red y la prestación de servicios de interés general para la comunidad(4). De ese modo, por ejemplo, la autorización ha pasado a ser una figura clave en la regulación ya que, lejos de limitarse a levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho existente, se convirtió en una figura constitutiva de derechos que antes no existían ni estaban prohibidos, asumiendo un papel protagónico en la valoración de los riesgos, razonablemente permitidos (v. gr., el riesgo ambiental)(5), que no son los llamados riesgos cero.

Con todo, al ser incorporada a la teoría de las formas de la actividad administrativa, por Jordana de Pozas, la noción de policía en España subsistió por algún tiempo hasta ser reemplazada por la teoría elaborada por Santi Romano de los actos de gravamen que, como es sabido, fue uno de los grandes cambios que, en su momento, introdujeron García de Enterría y Fernández, seguidos por buena parte de la doctrina española.

Paralelamente, en Francia, la teoría de la soberanía fue desplazada por la concepción del servicio público que, originada en Hauriou, alcanzó su máxima teorización bajo el signo socialista que le imprimieron Duguit y la escuela de Burdeos, que, aun cuando tuvo el mérito de haber diseñado el régimen jurídico del servicio público, dio base para justificar las posteriores nacionalizaciones de dichos servicios, clausurando el ciclo caracterizado por su gestión privada.

El poder público constituía -junto con el servicio público- uno de los elementos de un derecho administrativo, integrado por una serie de poderes que primero fueron calificados de exorbitantes y, más tarde, como parte de un régimen administrativo integrado, conjuntamente, por prerrogativas y garantías que vinieron a compensar el ejercicio del poder público, originándose un sistema bastante equilibrado de protección de los derechos de las personas y empresas, cuya construcción ha sido obra fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Al fracasar el Estado como gestor y empresario en toda Europa y en Iberoamérica se abrió el cauce para el desarrollo de un nuevo derecho administrativo. Sin llegar al extremo de la tesis sostenida por la doctrina alemana, en el sentido de que el derecho administrativo se resume en la idea de regulación, es evidente que esta categoría, junto con la del servicio público, ha venido a constituir uno de los paradigmas centrales de la actividad administrativa, siendo una noción que define la función del Estado, a raíz de los procesos de privatización o liberalización de la mayoría de los servicios públicos y actividades de interés general ocurridas en el mundo, al menos en los países que practican los principios de una economía libre o social de mercado y mantienen los postulados de un Estado de derecho, regido por normas y principios objetivos fundados en las leyes y no en la voluntad de los gobernantes. Entramos, así, en el Estado Regulador y Garante(6), cuyos cimientos actualmente se conmueven a raíz de la pandemia, producida por una variedad de coronavirus (Covid-19), que afecta a la salud y a la economía de todos los habitantes del mundo.

2. Un nuevo modelo de Estado: el Estado Regulador y Garante

En línea con lo señalado, tanto en América como en Europa, el Estado de derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro sistema, que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional, que culminó con el reconocimiento de los llamados derechos de tercera y cuarta generación.

Mientras ese modelo de Estado Social de derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, en estos últimos años ha surgido un nuevo arquetipo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los objetivos antes señalados, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que trasluce la aplicación del principio de subsidiariedad, aun cuando los ordenamientos no suelen atribuirle positividad a dicho principio, que no por ello deja de ser tal.

Así, de un modo escasamente percibido por el constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los

protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a gestionar a través del sector privado servicios y actividades de interés público relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública(7).

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas, se ha llevado a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental responde a varias causas. En primer término, exhibe una doble faz axiológica, al implicar la defensa de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de derecho liberal (principalmente el principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades y derechos fundamentales), así como también de los derechos y principios consolidados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la Segunda Guerra Mundial, que adoptaron el Estado Social de derecho.

¿Cuáles fueron los motivos que dieron nacimiento al Estado Regulador y Garante(8)? Su origen obedeció a una serie de razones que iban desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que generaban las prestaciones estatales y la política redistributiva que las orientaba, en un escenario caracterizado por el crecimiento demográfico, hasta la proyección de los efectos de la globalización de la economía(9).

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir o aminorar las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y las iniciativas privadas.

De esa manera, debido a la retirada del Estado en la gestión económica, se reafirmó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner(10), constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliándose el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad(11).

Resulta paradójal que el nuevo Estado Regulador y Garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, sino más bien una retirada instrumental(12), ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido actividades antes atribuidas a la Administración. En ese contexto, comenzó a imponerse, asimismo, el principio de buena administración, al que cabe asignarle operatividad pues se configura como un deber del Estado(13).

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común(14) que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de los Estados que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió la necesidad del “desarme del Estado”, pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad(15).

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado Regulador y Garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo y en el decisionismo del Poder Ejecutivo.

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común en cuanto proporciona el fundamento real del fin que persigue el nuevo modelo y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

Esas transformaciones han sido tan grandes que han llegado a trastocar el sistema de las fuentes del derecho, a raíz de la caída de los dogmas de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales, potenciándose el papel de los jueces en la interpretación del derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas, mediante la técnica de la subsunción, para convertirse en un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del derecho.

3. La separación de poderes: subsistencia de un principio fundamental de los sistemas constitucionales en el Estado moderno

La situación de extremo peligro que enfrentan los Estados para remediar los males sociales que provoca la

pandemia del coronavirus ha despertado muchas dudas e interrogantes y no pocas confusiones acerca de la legitimidad de las medidas que imponen restricciones a los derechos de los ciudadanos y entidades colectivas.

Naturalmente, por sus características globales, si bien el tema no se circunscribe solo a los ordenamientos de los países que practican la cultura jurídica y los valores políticos de occidente, no es menos cierto que, no obstante el hecho de que las soluciones a los problemas que se presentan deben encararse y resolverse con arreglo a los principios y normas que rigen en cada país o región, existe una relativa unidad de criterios con respecto a la naturaleza y alcance de las medidas que se van adoptando para superar una crisis epidemiológica inédita en todos los continentes del mundo.

En la Edad Moderna apareció, en Francia, un libro que lleva por título *El espíritu de las leyes*, publicado en 1748 por Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu, que sigue gravitando aún sobre los actuales Estados, con las adaptaciones que va imponiendo la realidad política y social. En rigor, la proyección de la teoría de la separación de poderes no se ciñe al derecho constitucional, sino que, al abordar la cuestión de las funciones estatales y las relaciones entre la Administración (o el gobierno, según la terminología europea) y los otros poderes, se configura como uno de los principios fundamentales del derecho administrativo contemporáneo.

La teoría ha sido objeto de múltiples desarrollos volcados en medulosos estudios e investigaciones, tanto en el derecho comparado como en nuestro país(16), y la mayor parte de los doctrinarios han coincidido en afirmar que su paternidad corresponde a Montesquieu(17), sin negar las influencias de otros que abordaron el tema como Locke. Lo cierto es que la originalidad de su concepción (sobre todo en lo concerniente al equilibrio entre los órganos que ejercen las funciones administrativas y legislativas con el órgano judicial) no puede ponerse en duda.

Para desentrañar la teoría de la separación de los poderes cabe advertir que el escaso desarrollo de los conceptos utilizados por la ciencia política de la época provocó una serie de confusiones, muchas de las cuales han llegado hasta las actuales generaciones de juristas, acerca de los conceptos de poder, órgano y función. En realidad, más que la confusión conceptual que suele atribuirse a la doctrina expuesta en *El espíritu de las leyes*, parece más lógico sostener que se trata de polisemias propias de la época pues, si se reemplaza en cada lugar de la obra el término según el sentido técnico actual, es posible descubrir la trama de la verdadera teoría que se expone, aunque muchas veces los conceptos aparecen entrelazados (v. gr., poder y función) y, de alguna manera, continúan utilizándose, aún hoy, por comodidad del lenguaje, los distintos conceptos que emplea Montesquieu sobre el poder(18).

¿Cuáles fueron las dos ideas que guiaron al constructor de la teoría de la separación de los poderes? Bielsa, en el “Prólogo” a la obra de su discípulo Bosch, lo explica con claridad meridiana al recordar que las ideas dominantes de la concepción eran, básicamente, la prevención y defensa de la libertad natural del hombre para protegerlo “contra el despotismo de la autoridad”(19).

Si todo hombre que detenta el poder está tentado a abusar de él (como pensaba con sentido realista su autor siguiendo a David Hume)(20), es necesario que el poder encuentre sus límites y la receta más adecuada para ello es le pouvoir arrête le pouvoir. Esta fórmula significa que “la solución del problema que plantea el posible abuso de poder se encuentra...” en separar el poder y lograr que las partes separadas “de ese poder se detengan entre sí, recíprocamente”(21).

Resulta indudable que ese freno recíproco conduce al equilibrio entre los distintos poderes del Estado(22), el cual se logra “distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas en principio distintas, de manera que ninguno de ellos pueda imponer su voluntad a los otros ni quede sometido a una voluntad ajena a la propia. No se trata de que los órganos estén aislados, por el contrario, es preciso que puedan detenerse entre sí y nada obsta a que entre ellos se entablen relaciones de recíproca colaboración”(23).

En prieta síntesis, la doctrina de la separación de los poderes constituye uno de los pilares centrales del edificio constitucional que implica varios elementos que deben funcionar en forma armónica y equilibrada para que se realice el Estado de derecho. Aparte de consagrar el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho, supone una partición de funciones en órganos, separados e independientes, con especialización funcional relativa y poderes limitados. La separación es tanto orgánica como de las personas(24) y, en nuestro sistema, no es absoluta(25), siendo, en suma, una separación relativa de poderes coordinados entre sí(26).

El resultado de la teoría comprende, en consecuencia, la partición del poder del Estado en funciones especializadas adjudicadas, en forma predominante a cada órgano, conforme a un criterio material(27).

Aun cuando el principio de la separación de poderes ha sido recogido en la Constitución (escrita o no, rígida o flexible) de todos los Estados democráticos(28), sus dos consecuencias primordiales, que, como se ha visto, son la independencia orgánica y la especialización, nunca se han interpretado y aplicado en forma absoluta(29). La interpretación contraria se ha considerado demasiado simplista y elemental, y no tiene en cuenta la complejidad de la estructura y funciones existentes en el Estado moderno, en el que aparecen, además, nuevos órganos y entes estatales dotados de independencia funcional (como las llamadas autoridades o agencias reguladoras independientes)(30).

4. El estado de necesidad y la emergencia

Hasta qué punto, con motivo de la pandemia, comienza a tambalear la concepción del Estado Regulador y Garante es un aspecto crucial en las actuales circunstancias históricas, que puján por un mayor intervencionismo estatal en el campo económico, lo que puede conducir a establecer un modelo de signo inverso basado en la aplicación de la función activa del principio de subsidiariedad, al menos hasta que se reconstruya el sector privado de la economía.

Así, en forma súbita y sin estar en los planes de los gobernantes, la tendencia predominante que ese modelo de Estado atribuía a la faz pasiva y no intervencionista del principio de subsidiariedad se invierte, reafirmando su papel activo para recomponer la situación en que se encuentran los ciudadanos y empresas de cara a la parálisis de la economía, a raíz de las medidas de aislamiento o confinamiento social obligatorio(31). Estas medidas han impuesto, consecutivamente, restricciones al derecho de trabajar y de ejercer industria o comercio, al derecho de circular por los espacios públicos y las restricciones que afectan la libertad de circulación y de reunión de los habitantes, así como de enseñar, de aprender y de profesar libremente su culto(32).

La necesidad de dictar las primeras medidas no puede cuestionarse por hallarse fundadas en el objetivo de defender la vida y la salud de todos los habitantes, habida cuenta de que el derecho a la vida es un derecho absoluto(33), enraizado en el principio general de la dignidad humana, que constituye la base y el centro de todos los principios generales y sectoriales del derecho público reconocido por tratados internacionales, que posee jerarquía constitucional(34), al igual que al derecho a la salud.

En consecuencia, el nuevo modelo deberá admitir, en su esquema regulatorio y garantístico, un intervencionismo estatal subsidiario, ya que el Estado en una situación extrema, quizás mayor que la gran depresión de la década del treinta del siglo pasado, resulta ser el único o principal sujeto capaz de recomponer el motor y de mover las ruedas que impulsan el desarrollo y el crecimiento económico, con el riesgo de que, si sus medidas fracasan y no alcanzan para la recuperación de los sectores privados, se pueda caer en una suerte de comunismo o socialismo de Estado, donde la mayor parte de los factores de producción y propiedad privada queden en manos de la burocracia y de los gobernantes de turno.

La difícil situación que atraviesa el mundo obliga a los Estados a coordinar las medidas apropiadas para enfrentar la pandemia y también hace necesario clarificar los conceptos jurídicos indeterminados y los principios que regirán la relación entre el Estado y la sociedad en las circunstancias extraordinarias que se han presentado.

Por de pronto, existen dos conceptos análogos que juegan, en forma paralela y distinta a la vez, según sea la rama jurídica en las que se proyectan: el estado de necesidad y la emergencia. En ambos casos se trata de una situación fáctica caracterizada por un hecho o conjunto de hechos que ocasionan una situación de grave peligro(35), pero no siempre el derecho protege intereses jurídicos de análoga naturaleza de la misma manera.

Con referencia al estado de necesidad, hay que distinguir su regulación por el derecho penal o el civil, donde se tutelan intereses privados, del estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo(36). Mientras en el derecho penal el estado de necesidad permite exculpar a quien, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona a otra persona o infringe un deber, y, en el derecho civil, constituye una causal de exclusión de responsabilidad, siempre que el mal que se evita, sea de mayor entidad que el que se provoca con la acción, en los derechos constitucional y administrativo la Administración no protege el interés correspondiente al que causa el daño, sino el interés de la sociedad o de un grupo social determinado (por ejemplo, con base en criterios geográficos), mediante medidas que excepcionan el ordenamiento público ordinario, el cual, sin embargo, puede no derogarse y subsistir total o parcialmente. Cuando el nuevo derecho no deroga al derecho vigente se superpone en forma transitoria, pero su ejercicio debe efectuarse en el marco del Estado de derecho y de los principios generales del derecho.

Sin embargo, contrariamente a lo que la doctrina clásica del derecho administrativo (Bielsa) había considerado al sostener que el estado de necesidad era una fuente del derecho, pensamos, en cambio, a pesar de la fuerza de la tradición romana del axioma “necessitas ius constituit”, que el paradigma es

diferente, en cuanto corresponde interpretar la íntima relación entre la situación de hecho y el derecho de una manera inversa. En efecto, más allá de suponer que el hecho es fuente generadora del derecho, lo que ocurre con el estado de necesidad es que, en ciertas circunstancias y condiciones, la situación fáctica resulta captada por el derecho.

En resumidas cuentas, el hecho necesitado debe ser contemplado por la regla jurídica aplicable al caso y su ejercicio precisa ser legitimado por el derecho, pues, si no fuera así, bastaría con la ocurrencia de una situación de extrema pobreza (común en los países latinoamericanos) para justificar la violencia, el robo o el asesinato a fin de apoderarse de bienes ajenos.

Ante la necesidad de establecer un cauce constitucional, la mayoría de las Constituciones de Europa e Iberoamérica han canalizado la regulación de las situaciones de peligro social a través de figuras, con contornos tan definidos como indeterminados, incorporadas a las respectivas constituciones o leyes fundamentales (disposiciones legislativas o decretos leyes, decretos de necesidad y urgencia, estados de urgencia, de alarma, de excepción y leyes de emergencia, hasta el estado de sitio cuando la situación de peligro es de naturaleza política).

Al respecto, la doctrina y la literatura oficial deberían tener presente la similitud existente entre estado de necesidad y emergencia, así como la circunstancia de que esta última resulta utilizable por el derecho en tres sentidos distintos que no son necesariamente opuestos, a saber: a) la emergencia como situación fáctica y de hecho, que evoca la idea de desastre o peligro social; b) el conjunto de reglas aplicables a la situación fáctica antes señalada, o sea, el estado de emergencia o de urgencia, alarma o excepción; y c) las medidas generales y de efectos individuales que se dictan durante la situación de grave peligro social.

El mayor riesgo político-constitucional de la emergencia que ha generado esta pandemia universal consiste en la instauración de un régimen permanente, susceptible de consagrar el predominio de un derecho de excepción, extraño a la concepción personalista del derecho que procura el bien del ser humano individual con sentido social, pero sin convertirlo en un ser colectivo (una suerte de nihilismo jurídico⁽³⁷⁾), ejercido por gobernantes que practiquen la teoría decisionista del poder (Carl Schmitt), según la cual la voluntad de dominio del líder se impone sobre la voluntad de los representantes del pueblo, montada sobre la recreación de la lógica amigo-enemigo.

5. La regulación de la emergencia sanitaria: el dictado de los DNU y su legitimidad constitucional

Lamentablemente, Argentina es uno de los países cuyos habitantes han vivido más tiempo bajo legislaciones de emergencia, sobre todo, a partir de 1989, tras la sanción de las leyes 23.696 y 23.697, y todas las dictadas a posteriori, al punto de que la doctrina ha considerado que hay un estado de emergencia permanente.

El principal efecto que producen estas regulaciones en materia económica estriba en la compresión o suspensión transitoria de los derechos de las personas y en la atribución de amplios poderes al Ejecutivo de turno a través de la técnica de la delegación legislativa. La última ley de emergencia, dictada por el Congreso Nacional, declaró “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social...”⁽³⁸⁾, delegando en el Poder Ejecutivo una serie amplísima de facultades con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la CN y a las bases establecidas en dicha ley⁽³⁹⁾, fijando el plazo de su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020⁽⁴⁰⁾.

5.1 Leyes de emergencia y reglamentos de necesidad y urgencia

Pero, en cierto sentido, puede confundirse la categoría de la emergencia con los reglamentos de necesidad y urgencia, razón por la cual, a pesar de las similitudes existentes con el estado de necesidad y las variadas acepciones que suelen atribuirse al concepto de emergencia, resulta necesario distinguir ambas situaciones jurídicas⁽⁴¹⁾.

La emergencia constitucional requiere de la delegación de funciones propias del Poder Legislativo en el Ejecutivo para solucionar una situación grave de crisis, generalmente, económica y social, que torna imprescindible atribuir la potestad legislativa a quien preside el gobierno, para dar efectividad e inmediatez al dictado de la legislación necesaria para superar la crisis. Al ser la delegación un encargo o comisión⁽⁴²⁾ del Legislativo al Ejecutivo, se comprende que los ordenamientos constitucionales prevean que la ley que delega atribuciones tenga una duración temporal y establezca, además, las bases de la delegación⁽⁴³⁾, a fin de mantener, en forma residual, la vigencia del principio de la separación de los poderes.

En cambio, en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (DNU), no hay, en principio, delegación de la potestad legislativa, la cual es asumida directamente por el Poder Ejecutivo al emitir reglamentos o

disposiciones de carácter legislativo, siempre que exista la necesidad de conjurar un peligro extremo y grave, en forma urgente, en situaciones en que no pueda aguardarse el transcurso de los trámites ordinarios para la sanción de las leyes(44).

Es decir, como lo venía sosteniendo la doctrina administrativa clásica anterior a la reforma constitucional de 1994, el dictado de los DNU requiere la concurrencia de ambos requisitos: la necesidad y la urgencia(45), y, además, el sometimiento a la ratificación legislativa posterior(46), sin perjuicio de mantener su vigencia hasta tanto no sea derogado expresamente por ambas Cámaras del Congreso.

La configuración de los presupuestos fácticos exigidos por el texto constitucional (necesidad y urgencia), que se produce cuando en circunstancias excepcionales(47) fuera imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes(48), ha sido exigida en varios precedentes de nuestra Corte Suprema, al calificar determinados DNU de inconstitucionales. Así, en el caso “Video Club Dreams”(49), el Alto Tribunal aplicó la tacha de inconstitucionalidad a un impuesto sobre los videos, al considerar que no existía una situación de necesidad que lo justificara. A su vez, en el precedente “Verrochi”(50), declaró la inconstitucionalidad de dos decretos (770/96 y 771/96) con fundamento en que no se había configurado la imposibilidad de cumplir con el trámite común para la sanción de las leyes ni que la situación requiriera una solución legislativa de tal urgencia que debiera resolverse en forma inmediata en un plazo incompatible con el propio del trámite normal de las leyes. En otro fallo, la Corte Suprema resolvió que los DNU cumplimentan los requisitos constitucionales “únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico que deben ser...” resueltas sin demora, en la medida que exista “... un estado de excepción y de impedimento a recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes...”(51).

5.2. Límites materiales de los DNU

En el derecho argentino, la potestad para dictar los DNU se encuentra reglada por la Constitución y su ejercicio, cuando se dan las condiciones requeridas, no es “contra legem” sino conforme al principio de legalidad constitucional. Por su parte, en España, aparte de los decretos leyes, la doctrina habla de los reglamentos de necesidad como una suerte de reserva de poder último en la Administración, que no solo permite, sino que la obliga a actuar ante “circunstancias excepcionales” para salvar los valores sociales supremos(52).

Por otra parte, hay límites que obstan al ejercicio de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia circunscriptos a las materias propias de la reserva legal prevista en la Constitución, que prohíbe dictar esa clase de reglamentos cuando su contenido comprenda “normas que regulan la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos...”(53). Al respecto, la Corte Suprema, aunque algunas veces ha tenido una intervención deferente hacia los Poderes Ejecutivos de turno, en otras ocasiones ha juzgado que los beneficios que otorgaba un DNU (decreto 285/99) implicaban el ejercicio de potestades tributarias que pertenecían privativamente al Poder Legislativo(54).

En algunos ordenamientos constitucionales, como el español, la norma fundamental ha previsto dos situaciones semejantes (estado de alarma y de excepción), cuya delimitación material en punto a la competencia y limitaciones ha deferido a una Ley Orgánica(55). Frente a la pandemia, el gobierno optó por la declaración del estado de alarma, probablemente por la mayor facilidad prevista en la Constitución para sortear su aprobación legislativa previa, habiendo dispuesto el confinamiento de los ciudadanos, con invocación de facultades que no le atribuye la referida Ley Orgánica. En efecto, como bien ha señalado la doctrina(56), no se puede utilizar el estado de alarma para dictar medidas que cercenen el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular libremente(57), cuya suspensión solo puede disponer el gobierno en el marco del estado de excepción(58).

Interesa puntualizar que, en España, la regulación del estado de necesidad(59), por parte del gobierno, reviste cierta complejidad ante la configuración de dos mecanismos constitucionales diferentes. El primero se halla representado por la figura del decreto ley, prevista en el art. 86 de la CE para casos de “extraordinaria y urgente necesidad”, y el segundo se encuentra prescripto en el art. 116 de la CE, que permite declarar los estados de alarma, de excepción y de sitio con arreglo a una Ley Orgánica que debe definir “las competencias y limitaciones correspondientes”.

Dicha Ley Orgánica (Ley 4/81) prescribe como requisito para la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, que bien podrían ser las mismas que justifican el dictado de los decretos leyes mencionados, mediante conceptos jurídicos indeterminados, cuyo carácter abstracto dificulta su encuadre en los casos concretos. Precisamente, de cara a la pandemia, el gobierno español utilizó la herramienta del decreto ley contemplada en el art. 86 de la CE para declarar el estado de alarma consagrado en el art. 116 de la CE y en la Ley Orgánica 4/81, siendo pasible de la crítica antes señalada.

En Argentina, la categoría del decreto ley no goza de recepción constitucional y, si bien en la doctrina clásica(60) se la admitía -al igual que en Europa-, su utilización por parte de los sucesivos gobiernos de facto, en los que la ley no era producto de los representantes del pueblo sino del Ejecutivo gobernante, provocó el descrédito de la figura, y, consecuentemente, la reforma constitucional de 1994 intituló a los depreciados decretos leyes con el nombre de “decretos de necesidad y urgencia”, más conocidos como DNU, reconociéndoles sustancia materialmente legislativa.

Por último, el principal límite material que debe superar el escrutinio de constitucionalidad lo configuran los principios generales del derecho(61), obviamente aquellos que pertenecen al derecho administrativo, como el principio de la competencia que ha sido reconocido y regulado por el derecho positivo(62).

Los principios generales del derecho son mandatos que integran la base del ordenamiento jurídico, teniendo primacía sobre las normas legales y reglamentarias, con independencia de que hayan sido positivizados o reconocidos por la jurisprudencia, cuya violación, según recordaba Rivero en uno de sus trabajos pioneros(63), corresponde sancionar con la misma fuerza jurídica que la ley escrita. En definitiva, la definición de principio que aporta la doctrina alemana, al considerarlo un mandato jurídico vinculante, carente de supuesto de hecho(64), nos parece una explicación superadora de las nociones que lo vinculan con el valor, ya que, si bien todo principio encierra un valor, en la medida en que no se aparte de la justicia o del derecho (el *ius romano*), no siempre el valor se convierte en principio jurídico (v. gr., la amistad).

5.3. Requisitos formales

Todo DNU debe emitirse en acuerdo general de ministros, los que deben refrendarlo, conjuntamente con el jefe de gabinete. La Constitución ha prescripto, además, la obligación de someter el DNU por parte del jefe de gabinete dentro de los 10 (diez) días a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso para su consideración por ambas Cámaras y que “una ley especial regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”(65).

La ley 26.122, norma especial a que hace referencia la Constitución, prevé entre otras cosas: a) la Comisión Bicameral Permanente se expida, en forma expresa, sobre la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales establecidos para su emisión y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento; b) la vigencia del DNU rige a partir de su publicación oficial, a partir de la fecha que determine el respectivo decreto y, si no establece algún plazo, 8 (ocho) días después de su publicación oficial; y c) tanto la Comisión Bicameral Permanente como ambas Cámaras podrán abocarse de oficio a su tratamiento(66).

De la exigencia legislativa, que dispone el expreso tratamiento por parte de ambas Cámaras, se ha deducido que no puede haber aprobación ficta(67). Sin embargo, dado que la vigencia de los DNU subsiste a partir de su publicación oficial en los plazos indicados y si, legalmente, ellos continúan en vigencia hasta tanto sean derogados, tal como lo sostenía la doctrina clásica que postulaba la admisión constitucional de los DNU antes de la reforma constitucional de 1994(68), carece de sentido y efectividad la hipótesis de una aprobación ficta.

Ahora bien, una cuestión diferente es la de si un acto complejo, que requiere la aprobación de ambas Cámaras, debe o no observar el trámite constitucional previsto para la sanción de las leyes. Pensamos que se trata de un acto complejo singular pues, aparte de la incompatibilidad de la procedencia del veto (ya que el Poder Ejecutivo estaría decidiendo sobre la constitucionalidad de su propio acto), el texto constitucional no permite una interpretación semejante al aludir a su aprobación por ambas Cámaras del Congreso(69).

Por lo demás, la doctrina constitucional también ha debatido acerca de si basta el rechazo por alguna de las Cámaras del Congreso para que caduque un DNU(70), ante el silencio de la Constitución al respecto. En nuestra opinión, no bastaría con el rechazo de una sola de las Cámaras, dado que no puede haber prevalencia de una Cámara sobre otra y la Constitución prevé expresamente que los DNU se sometan a la consideración de ambas Cámaras para el análisis de los requisitos exigidos para su procedencia constitucional y, por si fuera poco, defiende a la ley especial la determinación de la competencia y alcance de su aprobación por parte del Congreso, cuya respectiva norma prescribe que el decreto continúa en vigencia hasta tanto sea derogado por ambas Cámaras(71). En tal sentido, la solución legislativa de la ley 26.122, aunque se ha considerado discutible, no permite argumentar que el DNU pierda su vigencia por el rechazo de una de las Cámaras(72) y, es evidente, que esta interpretación es la más favorable a la seguridad jurídica y a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

5.4. Los DNU dictados para reglamentar la emergencia sanitaria (DNU 260/20, 457/20 y 297/20)

La mera observación sumaria habla por sí misma (“res ipsa loquitur”), ya que basta con la gravedad extrema que amenazaba la pandemia del Covid-19 para justificar que la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesta por el DNU 260/20 se ajustó a los recaudos prescriptos por la Constitución.

Por otra parte, en el marco del contexto mundial y del informe de la OMS que declaró la pandemia, el decreto 260/20 exhibe un contenido material más basto que la mera ampliación de la emergencia ya que, ante la amenaza inmediata de la propagación de contagios en el país y el silencio del Congreso, el Poder Ejecutivo alegó que necesitaba, en forma urgente, disponer de suficientes potestades para dictar las medidas preventivas tendientes a conjurar un peligro social inminente, como realmente quedó demostrado al tener que dictar, pocos días después, el DNU 297/20, que declaró la llamada cuarentena y otras restricciones complementarias, como las que afectan la libertad de circulación de los habitantes(73).

En efecto, no parece posible poner en duda la necesidad y premura que revestían la atribución de competencia al Ministro de Salud Pública para dictar las medidas contempladas en el art. 2º del decreto 260/20, a saber: a) efectuar contrataciones directas de bienes, servicios o equipamientos, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración pública (inc. 6º); b) autorizar a contratar a exfuncionarios, personal jubilado o retirado, exceptuándolos temporariamente del régimen de incompatibilidades (inc. 7º); c) coordinar la distribución de productos farmacéuticos y elementos de uso médico destinados a cubrir las necesidades de la emergencia sanitaria (inc. 8º); d) entregar medicamentos gratuitos (inc. 9º); e) coordinar las medidas de salud pública, aplicables al desembarco de pasajeros de naves y aeronaves, circulación en trenes y subterráneos (inc. 12); y f) establecer la declaración jurada obligatoria y autorizar hospitales de campaña (incs. 13 y 14).

A su vez, por los arts. 4º, 7º, 9º y 18 se declararon las zonas afectadas por la pandemia estableciéndose medidas preventivas para el aislamiento obligatorio y la suspensión temporaria de vuelos, así como el cierre de museos, centros deportivos, salas de juego, restaurantes, etc.

El problema que puede suscitarse en cuanto a la extensión temporal o prórroga de la medida en forma sucesiva va a depender del crecimiento de la curva de contagios y de un juicio que pondere (con arreglo al principio de proporcionalidad) una ecuación basada en el equilibrio entre los peligros sanitarios y los perjuicios económicos que producen las restricciones impuestas a la población. En nuestra opinión, hallándose en funciones el Congreso, resulta cuestionable justificar las razones de urgencia que permiten prescindir de la ley formal y material(74).

Finalmente, en forma concatenada, el Poder Ejecutivo dictó el 19 de marzo el DNU 297/20, que dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el 31 de marzo, plazo que después fue prorrogado, varias veces, debido al crecimiento de la curva de contagios(75).

En cuanto al DNU 457/20, que atribuye al jefe de gabinete competencia para redistribuir partidas presupuestarias (los llamados “super poderes”) -lo que le permite saltar el límite establecido por la ley vigente y poder redistribuir la totalidad del presupuesto-, aquel no parece ajustarse, estrictamente, a los requisitos de necesidad y urgencia (pues el Congreso ya sesiona virtualmente)(76), ni tampoco al umbral de razonabilidad requerido por la doctrina y jurisprudencia para fundar la constitucionalidad del DNU(77), dado que se trata de una competencia privativa del Congreso y el hecho de que sí se configurara la necesidad y urgencia en una situación concreta nada hubiera obstado a que se emitiera otro DNU.

Porque, no obstante pueda resultar comprensible que el Ejecutivo precise contar con las atribuciones necesarias para enfrentar la pandemia, no hay que olvidar que su actuación debe respetar los límites constitucionales, máxime cuando la facultad que se le atribuye, lejos de ser contingente, traduce cierta extensión temporal y nada impide que el Congreso debata y sancione cualquier proyecto de ley que promueva el Poder Ejecutivo.

En resumidas cuentas, tanto los DNU que emita el Poder Ejecutivo como cualquier medida administrativa o reglamentaria que se dicte durante la declarada emergencia no deben conculcar los principios que integran el bloque federal de legitimidad constitucional, particularmente los principios generales del derecho, desde la dignidad de la persona humana, que constituye el centro de todos los derechos y del cual se derivan la mayor parte de los principios generales, hasta los demás principios que encuentran su fundamento en la justicia material, como los principios de tutela administrativa y judicial efectiva, irretroactividad y razonabilidad, buena fe, pro homine, confianza legítima y solidaridad(78), la mayoría de los cuales, con independencia de su fundamento en la Constitución Nacional, están reconocidos en tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional(79), conforme a lo prescripto en el art. 75, inc. 22, de la CN.

En cuanto al principio de solidaridad, si bien abrigábamos alguna duda acerca de su carácter vinculante, hemos llegado a la conclusión de que constituye un principio general del derecho, en virtud de que genera el deber jurídico de no transgredirlo mediante actos o conductas contrarios o que obstaculicen su realización. En consecuencia, a pesar de las dificultades que presenta la legitimación para fundamentar pretensiones procesales exigibles ante la justicia, su violación puede configurar una causal de nulidad o inconstitucionalidad de la ley, acto administrativo o reglamento que conculque dicho principio, dado que aquel integra el bloque federal de constitucionalidad antes referido.

Y es evidente que, en una situación de emergencia, en la que están en juego la vida y la salud de las personas, cobra relieve la versión europea del principio de razonabilidad, que sigue la huella iniciada por el Tribunal Supremo alemán, que lo caracteriza como principio de proporcionalidad, integrado por tres subprincipios: a) de adecuación o idoneidad; b) de necesidad; y c) de proporcionalidad en sentido estricto(80), cuya doctrina, sin mayor advertencia por parte de los publicistas(81), ha sido adoptada en los últimos años por la jurisprudencia de la Corte Suprema(82), que ha ido consolidando el bloque federal de legitimidad constitucional.

Ese bloque constitucional proviene tanto del propio texto de la Constitución como del derecho emanado de los tratados internacionales que, aun cuando poseen jerarquía constitucional, no han sido incorporados como cláusulas de la Carta Magna(83), configurando un conjunto de principios y normas que poseen supremacía(84) sobre las leyes y demás actos públicos (por ejemplo: actos administrativos y reglamentos), en virtud del art. 31 de la CN, sin que pueda interpretarse que derogar un artículo alguno de la primera parte de la Constitución, en la inteligencia de que son complementarios de los derechos y garantías constitucionales(85). En ese escenario cobran relieve para proteger los derechos fundamentales de la CN y los derechos humanos de origen supranacional las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, cuyo reconocimiento se ha consolidado en los últimos años en la jurisprudencia de la Corte Suprema, incluso para cuestionar la constitucionalidad de un acto en ciernes, siempre que se demuestre la actualidad del planteo a raíz de un peligro real y concreto(86).

6. El futuro de la contratación pública

A raíz de la emergencia y de la consecuente parálisis de la economía se han generado innumerables incumplimientos generalizados en las relaciones contractuales. Entre esas relaciones ocupan un lugar trascendente los contratos que celebran la Administración y sus entidades o sociedades cuyo capital pertenece total o mayoritariamente al Estado, ya sea que se rijan por el derecho público o por el privado.

Las respuestas que brinda la legislación ordinaria, si bien pueden ser útiles para resolver algunos problemas puntuales y de menor envergadura que ocasionan esos incumplimientos contractuales generalizados, resultan, sin embargo, ineficaces para superar los diferentes grados de incumplimiento contractual en una situación en la que, si las partes del acuerdo alegan haber incumplido sus obligaciones, no hay otro recurso que demandar el cumplimiento del contrato o promover su resolución por culpa de alguna de las partes (arts. 1085 y 1088, CCCN) o por frustración definitiva de la finalidad contractual (art. 1090, CCCN), o bien, por circunstancias extraordinarias sobrevinientes e imprevistas que tornen excesivamente onerosa la prestación, sin perjuicio de pedir su adecuación (art. 1091, CCCN), o de acordar la denominada rescisión bilateral (art. 1076, CCCN). Desde luego que la regulación administrativa prevalece sobre las normas del Código Civil y Comercial en el contrato administrativo (no así en los de objeto privado o regidos por leyes especiales), y, aun cuando exhibe algunas peculiaridades, estas no alteran la esencia de los criterios establecidos en el ordenamiento civil, los que serán aplicables por analogía.

En el campo del derecho público contractual hay que procurar, en estos momentos, recomponer los contratos celebrados entre el Estado y los contratistas que cumplen el papel de colaboradores privados de los fines públicos, aunque persigan un beneficio particular.

La subsistencia de los contratos públicos es vital para el Estado moderno, no solo en lo que respecta a la eficacia, calidad y eficiencia de sus prestaciones, sino en todo lo que representan para la realización de las infraestructuras sobre las que se apoyan la industria, el comercio, los profesionales y trabajadores independientes, entre otros. Si eso no ocurriera, pronto se verán los déficits en las autopistas y rutas, transporte ferroviario, construcción de centrales y represas energéticas, puertos y vías navegables, así como en los servicios y suministros vinculados con la satisfacción de las necesidades públicas. Por otro lado, se resentirán las prestaciones y los bienes públicos de naturaleza social (hospitales, organismos y empresas de salud) y las actividades propias de la enseñanza en sus distintos niveles. Porque, como la economía funciona a través de un sistema de vasos comunicantes, todas las actividades están interconectadas y la parálisis de un sector repercute sobre otros.

Lo que hay que tener claro es que la emergencia no implica que el gobierno disponga de una carta blanca

que le permita violar las bases del Estado de derecho, particularmente sus bases democráticas que reclaman la representación del pueblo para la deliberación y sanción de las leyes.

Dado que las medidas de emergencia adoptadas por el Estado con motivo de la pandemia constituyen la principal causa de los incumplimientos contractuales generalizados, veamos cuál es su encuadre en el derecho, a fin de determinar sus efectos jurídicos, cuestión que en estos momentos de profunda crisis económica resulta esencial en lo que concierne a la posibilidad de readecuar o recomponer los contratos, y al derecho de los contratistas a reclamar el restablecimiento del equilibrio contractual alterado por actos de los poderes públicos.

Al respecto, existen tres posibilidades básicas para encuadrar la situación: la fuerza mayor, la imprevisión y el hecho del príncipe.

En términos generales y teniendo en cuenta que la adecuación del contrato en cada caso será un acto bilateral, si tanto la fuerza mayor como la imprevisión se aplican cuando la causa que las genera es ajena a las partes, la figura más adecuada para regir la situación es la del hecho del príncipe(87).

Adelantamos que esas peculiaridades giran en torno al principio de la preservación de la finalidad y del derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, así como de las posibilidades de recomponer la relación contractual.

La circunstancia de que el incumplimiento contractual se origina en el hecho del príncipe (fundamentalmente en los DNU 260/20 y 297/20) determina distintas consecuencias en los derechos del contratista afectados por esos actos de los poderes públicos.

El primero de ellos consiste en el derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de la Administración (administrativo, público, estatal o como se lo llame). Se trata de un principio propio del derecho administrativo que tiende a preservar, además del “pacta sunt servanda”, el cumplimiento de la finalidad de interés público que constituye la causa relevante del negocio jurídico.

Dicho principio es un principio general del derecho administrativo, consagrado por autorizada doctrina(88) y por la jurisprudencia de la Corte Suprema(89). Consiste en el equilibrio contractual que trasunta una relación de igualdad y equivalencia entre el conjunto de los derechos y obligaciones de las partes, o -como se ha dicho- una relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones del contratista y su compensación económica y, comparativamente, los beneficios y ventajas que obtiene el Estado(90).

Su fundamento se encuentra en los arts. 16 y 17 de la CN (igualdad ante las cargas públicas y garantía de la propiedad), así como en la preservación del fin público tenido en cuenta al celebrar el contrato, el cual, salvo la posibilidad de revocación por razones de oportunidad o conveniencia de la misma naturaleza, se mantiene durante toda la vida del acuerdo contractual.

El principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato confiere al contratista el derecho a reclamar en sede administrativa y, en su caso, a los jueces, la recomposición o adecuación del contrato y lo exime de su cumplimiento cuando los actos de las “autoridades públicas nacionales (...) sean de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”(91).

En estos supuestos del *factum principis* el contratista tiene también el derecho a la resolución del contrato o la opción de demandar su cumplimiento, por aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1083, 1088 y 1090, CCCN), o bien, en el caso del contrato de obra pública, invocar la fuerza mayor para resolver el contrato cuando el cumplimiento de este se torne imposible(92).

En cualquier caso, habida cuenta de que la legislación de emergencia, salvo para la renegociación de las tarifas de los servicios públicos, no ha regulado, con normas de fondo ni procedimentales, la recomposición o adecuación de los contratos, el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato adquiere primacía, pues constituye un principio general del derecho operativo y vinculante que resguarda la justicia conmutativa.

Si ello no ocurre y no se compensa al contratista todos los perjuicios (daño emergente y lucro cesante), se viola el principio de justa indemnización incorporado a nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), conforme lo prevé la Convención Americana sobre Derechos Humanos(93) que obliga a la reparación integral de los perjuicios. Al respecto, no obsta al alcance de la reparación el precepto del art. 5° de la ley 26.944, en cuanto, al limitar la compensación al daño emergente, colisiona con el principio de justa indemnización, por lo que su aplicación al supuesto bajo análisis debe reputarse inconstitucional.

Pero, más que pensar en las normas vigentes, hay que proyectar nuevas fórmulas que canalicen el ordenamiento de excepción dentro de los postulados del Estado de Derecho, estableciendo las bases y pautas generales que permitan arribar a renegociaciones justas y equilibradas en cada contrato, basadas en la buena fe contractual⁽⁹⁴⁾.

En tal sentido, de no poder mantenerse la ecuación económico-financiera pactada, esas bases deberían permitir la compatibilización entre el principio del mantenimiento de dicha ecuación y el principio del sacrificio compartido. Con relación a cómo juega este último criterio, el sacrificio compartido no puede conducir a que el contratista esté obligado a cumplir las obligaciones contractuales a raja tabla cuando se ha producido el quiebre de la ecuación económico-financiera del contrato y la ejecución del contrato arroje pérdidas. Para concertar una renegociación justa hay que analizar cada uno de los sectores, la necesidad pública de continuar la contratación y todas las medidas que permitan alcanzar el equilibrio contractual (v. gr., rebajas impositivas por determinados períodos) y sobre todo renegociar de buena fe.

Porque para los Estados resulta crucial en esta emergencia que las empresas continúen con la ejecución de sus contratos, evitando que vayan a la quiebra por la imposibilidad de cumplir las obligaciones convenidas, o bien, por la excesiva onerosidad de las prestaciones contractuales.

Algunos suponen que la crítica situación en que se encuentran las contrataciones públicas se soluciona a través de medidas macroeconómicas, dado el fracaso que tuvieron los procesos de renegociación en anteriores emergencias. Sin embargo, si bien las decisiones macroeconómicas pueden brindar auxilio a las empresas, cada contrato es una institución con vida propia y cada situación contractual posee rasgos diferenciales.

Por esas razones, para evitar la generalización de las quiebras, cabe analizar la posibilidad de que los mecanismos tendientes a favorecer los acuerdos amplíen los márgenes de las modificaciones contractuales, lo que no implica que la Administración deje de controlar y de ejercer su poder de vigilancia para prevenir y sancionar los posibles actos de corrupción que se cometan.

Siempre será mejor para el Estado y el bien común lograr la continuidad de los contratos y la estabilidad de las empresas, ya que en el entramado de los proyectos que están en curso de ejecución se han invertido importantes recursos y experiencias, así como empleado profesionales y trabajadores que, de cesar en la actividad, agravarán la tasa de desocupación y harán cada vez más difícil la recuperación económica en el futuro.

7. Reflexiones finales

Al generalizarse la epidemia provocada por el Covid-19, el miedo y la incertidumbre paralizaron por un tiempo los conflictos geopolíticos y las luchas religiosas en varios puntos del mundo. Ahora se ve claro que ello no era más que una ilusión basada en un optimismo exagerado e ignorante de la condición humana cuando esta se proyecta en el fenómeno de las masas, tempranamente advertido por Ortega y Gasset.

Uno de los mayores peligros que amenaza la vida y la seguridad jurídica en medio de la pandemia y en el futuro será la manera en que los países vayan a controlar la violencia de las masas que, por diversas razones agravadas por la parálisis actual de la economía, vienen acumulando grandes dosis de resentimiento social. Estos movimientos resultan fogoneados por el pensamiento inmanente de la izquierda más radicalizada que busca, a las claras, la destrucción de los símbolos e instituciones que representan los valores occidentales de libertad y auténtico progreso del hombre.

Así, encubriéndose en un falso progresismo de tipo jacobino, llegan a justificar hasta el asesinato (Foucault) y el robo, sin distinguir entre el bien y el mal⁽⁹⁵⁾, y han desatado un ataque frontal a todas las instituciones de la sociedad, particularmente a la familia de un modo que ni los más fanáticos socialistas y liberales del siglo pasado hubieran concebido, muchos de los cuales jamás pisaron las baldosas de una iglesia o templo religioso.

En este escenario de derrumbe de la sociedad, la dirigencia de los Estados no atina a reaccionar, cuando debería orientarse, a través del ejemplo y de la enseñanza, al rescate de los valores propios de la persona humana como ser individual y social, y de la democracia como la mejor forma de gobierno hasta ahora probada en el sentido de favorecer las libertades y, al mismo tiempo, evitar el despotismo bajo las garantías, principios y valores del Estado de derecho.

Entre esos valores, destacan la observancia de la separación de poderes, el respeto a la ley y a las diversas autoridades de la sociedad (desde los padres hasta los maestros), un sistema de premios y castigos que impidan la impunidad de los gobernantes y particulares que delinquen, la promoción de la igualdad de la diversidad democrática y de la justicia social, todo ello conforme a la capacidad financiera de cada país y

a la práctica de una economía sana que estimule el desarrollo de los sectores privados de la sociedad(96).

Contrariamente a lo que puedan suponer algunos sectores radicalizados, pensamos que, aun imponiendo razonables restricciones sobre las libertades para enfrentar la pandemia, resulta necesario salir cuanto antes del derecho de excepción(97) o de emergencia. Su naturaleza, en cualquier democracia, ha de ser temporaria, pues su permanencia en el tiempo es incompatible con el Estado de derecho y exige que los respectivos poderes sean ejercidos sin violar las garantías de la Constitución, a fin de no caer en el más puro decisionismo(98), preconizado por Carl Schmitt, que tantos males ocasionó a nuestra civilización al ser adoptado por las dictaduras nazi y fascista.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - SALUD PÚBLICA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El jefe de gabinete de ministros y su relación con el Poder Ejecutivo Nacional, los demás ministros, secretarios y el Congreso Nacional, por Javier Indalecio Barraza y Fabiana Haydeé Schafrik, ED, 170-1027; ¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori, por Alberto Manuel García Lema y Antonio Martino, ED, 180-927; Cuestiones de la delegación legislativa, por María Angélica Gelli, ED, 182-1277; Los límites de la delegación legislativa (El caso del decreto 677/01), por Jaime Luis Anaya, ED, 196-775; Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite, por Daniel E. Maljar, ED, 197-799; Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios, por Guillermo C. Schinelli, ED, 198-1030; Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes, por Norberto Padilla, EDCO, 01/02-622; El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino, por Pablo Liste, EDCO, 2003-390; De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional, por Valentín Thury Cornejo, EDCO, 2004-680; Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución, por Eugenio L. Palazzo, EDCO, 2003-286; Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa, por Enrique Valentín Veramendi, EDCO, 2004-724; Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?, por Pablo Riberi, EDCO, 2005-664; Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo (El caso “Redrado”), por Alberto B. Bianchi, ED, 236-845; La aplicación de la normativa de emergencia económica, por Javier J. Salerno, ED, 242-511; Delegación de facultades legislativas, por Gregorio Badeni, EDA, 2009-410; Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?, por Julia Michelini, EDA, 2012-556; El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento, por Santiago María Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, EDLA, 8/2015-7; Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad, por Juan Rodrigo Zelaya, EDCO, 2016-395; Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara, por Esteban Carcavallo, ED, 285-846; La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020, por Esteban Carcavallo, ED, 286-377; La Constitución en tiempos de pandemia, por Eugenio Luis Palazzo, El Derecho Constitucional, n° 4, abril de 2020; La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas, por Martín J. Acevedo Miño, ED, diario n° 14.850 del 15-5-20. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, 15ª ed., Madrid, Thomson-Reuters, 2017, t. II, pág. 131.

(2) Ver el artículo de Santiago Muñoz Machado, Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica, en Muñoz Machado, Santiago - Esteve Pardo, José (dirs.), El Derecho de la Regulación Económica, Madrid, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2009, t. II, pág. 17 y sigs., en la que hace una completa descripción de las diferentes concepciones hasta llegar al Estado Regulador y Garante.

(3) En Francia, si bien las reediciones de las obras clásicas siguen manteniendo el concepto de policía, alguna parte de la doctrina no lo utiliza; véase, por ejemplo, Braibant, Guy - Stirn, Bernard, Le droit administratif français, 7ª ed., París, Dalloz, 2005, pág. 157 y sigs., ver también: Tchen, Vincent, L'impacte du Droit Communautaire sur la police administrative, en Droit Administratif Européen (dir. Jean Bernard Auby - Jacqueline Dutheil de la Rochère), Bruselas, Bruylant, 2007, pág. 997 y sigs., en el lenguaje del derecho comunitario europeo no suele utilizarse el término “policía”.

(4) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso..., cit., págs. 162-164.

(5) Esteve Pardo, José, El encuadre de la regulación..., cit., pág. 392 y sigs.

(6) En Alemania, la amplitud de la regulación, al incluir la función social del Estado (procura asistencial), es la que explica uno de los fundamentos del Estado Garante, véase: Darnaculleta y Gardella, M. Merce, La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana, en El Derecho de la Regulación Económica..., cit., t. I, pág. 349 y sigs.

(7) Resulta notable que el contenido de ese cambio en el modelo de Estado haya sido anticipado unos cuantos años antes por Germán J. Bidart Campos en un libro prácticamente olvidado: Marxismo y Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1979, especialmente pág. 90 y sigs.

(8) Véase: Esteve Pardo, José, Estado Garante. Idea y Realidad, Madrid, INAP, 2015, pág. 16 y sigs.

(9) Ver al respecto: Gagliardo, Mariano, Transformaciones sociales y ¿Crisis del derecho?, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (en prensa). Comunicación del 24-4-20, Cap. I, punto 4 y sigs., realiza un agudo análisis sobre las causas de la crisis que trasciende a la pandemia concluyendo que, a pesar de los aspectos negativos que exhibe el mundo en la actualidad, sobrevive el derecho fundado en la justicia.

(10) Messner, Johannes, Ética social, política y económica a la luz del derecho natural, trad. del alemán, Rialp, págs. 346-347.

(11) Vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Estudios sobre la Constitución, Madrid, La Ley, 2002, págs. 295-297.

(12) Esteve Pardo, José, Estado Garante..., cit., pág. 3 y sigs.

(13) Ver: Rodríguez-Arana, Jaime, El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración, Madrid, Reus, 2012, pág. 11 y sigs.; Galli Basualdo, Martín, La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019, pág. 39 y sigs.; y también Azoulai, Loïc, Le principe de bonne administration, en Droit Administratif Européen..., cit., pág. 493 y sigs.

(14) La conexión entre el bien común y el principio de subsidiaridad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2016, t. I, pág. 25 y sigs. La doctrina española ha advertido su influencia en la concepción del Estado Regulador y Garante, véase: Esteve Pardo, José, La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 172-175.

(15) Cfr. Salas, Denis - Camus, Albert, La rebelión justa, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, Jusbaire, 2016, págs. 98-99.

(16) Se destacan, por su rigor jurídico y profundidad intelectual, la obras de Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pág. 35 y sigs., y Bianchi, Alberto B., La separación de los poderes, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

(17) Bielsa, Rafael, en el "Prólogo" a la obra de Bosch, Jorge T., Ensayo..., cit., pág. 9. Algunos han atribuido la paternidad de la teoría de la separación de poderes a Locke, pero este no concibió al Poder Judicial como un órgano separado e independiente.

(18) Véase: Bosch, Jorge T., Ensayo..., cit., pág. 45 y sigs.

(19) Bielsa, Rafael, en el "Prólogo", cit., pág. 10.

(20) Bosch, Jorge T., Ensayo..., cit., pág. 50.

(21) Ibídem, pág. 42. Para una mejor comprensión del pensamiento de Bosch utilizamos el término "separación o separar" en vez de "división o dividir".

(22) Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1968, t. I, págs. 698 y 703, nota 31.

(23) Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración

Pública?, Buenos Aires, Zavalía, 1951, pág. 37.

(24) Vile, Maurice J. C., *Constitucionalismo y separación de los poderes*, trad. del inglés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 17/18.

(25) Luqui, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. I, pág. 49.

(26) Estrada, José M., *Curso de derecho constitucional*, Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, t. II, pág. 37 y sigs., especialmente pág. 52.

(27) Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho administrativo*, 12a ed., Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 14 y sigs.

(28) Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 208.

(29) Bosch, Jorge T., *Ensayo...*, cit., pág. 68 y sigs.

(30) Fernández, Tomás R., *Reflexiones sobre las autoridades administrativas independientes*, en *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Calvero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 427 y sigs., advertía, entonces, que a raíz de la estructura cuasifederal del Estado y la introducción de un sistema de justicia constitucional que había asumido el Estado español, tras la Constitución de 1978, se produjo la apertura de la ciencia jurídica, hasta ese momento europea, al derecho norteamericano, fenómeno en el que se inscribía la aparición de las autoridades administrativas independientes (pág. 428, nota 2).

(31) Decreto 297/20.

(32) Derechos garantizados por el art. 14 de la Constitución Argentina.

(33) Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 131 y sigs.

(34) Art. 75, inc. 22, CN.

(35) Las acepciones en el sentido señalado en el texto que trae el DRAE definen al estado de necesidad como una situación de grave peligro y a la emergencia como una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata (3ª acepción).

(36) Entre los autores que han profundizado el tema en el derecho argentino, véase Bielsa, Rafael, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Roque Depalma, 1957.

(37) Camus, Albert, *El hombre rebelde*, trad. del francés *L'homme révolté*, 8ª ed., Buenos Aires, Losada, 1953, pág. 65 y sigs., hace una profunda crítica filosófica y política del nihilismo, cuya influencia ha estudiado en el fascismo Heller tras su estadía en la Italia de Mussolini, véase: Heller, Hermann, *Europa y el fascismo*, traducción de Francisco Javier Conde, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

(38) Ley 27.541, art. 1º.

(39) *Ibidem*, art. 2º.

(40) Ley 27.541, art. 1º, in fine.

(41) Véase nuestro *Derecho Administrativo y Público General*, Buenos Aires, BdeF, 2020, págs. 331-332, ver también: *Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 73, Madrid, Civitas, 1992, pág. 26, y Comadira, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, LL, 1995-B-825.

(42) Bielsa, Rafael, *Estudio de Derecho Público*, Buenos Aires, Depalma, 1952, t. III, págs. 255-256, y del mismo autor *Derecho Administrativo*, 7ª ed., actualizada por Roberto E. Luqui, Buenos Aires, La Ley, 2017, t. II, pág. 801 y sigs.; ver, además, García de Enterría, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 3ª ed., reimpresión, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pág. 120 y sigs.

(43) Art. 76, CN.

(44) Art. 99, inc. 3º, de la CN, aun cuando, en la práctica, las potestades delegadas puedan ser reguladas, parcialmente, en un DNU, en forma conjunta con las provenientes del estado de necesidad y urgencia.

(45) Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Buenos Aires, TEA, 1944, t. I, pág. 293.

(46) Ibídem, pág. 293 y art. 99, inc. 3º, de la CN.

(47) Véase Coviello, Pedro J. J., Los límites de la potestad reglamentaria, en Fuentes y procedimientos administrativos. Cuestiones actuales y perspectivas, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2019, pág. 70, destaca el carácter excepcional de los DNU.

(48) Art. 99, inc. 3º, CN.

(49) Fallos: 318:1154.

(50) Fallos: 322:1726.

(51) In re “Leguizamón”. Fallos: 327:559.

(52) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso..., cit. t. I, 18a ed., págs. 248-249; no obstante, los reglamentos de necesidad a que alude la doctrina española difieren de los decretos leyes que, con fundamento en circunstancias extraordinarias de urgente necesidad, puede emitir el Poder Ejecutivo con valor de ley y que requieren ratificación legislativa (art. 86, CE). El decreto ley español es una figura similar a nuestro DNU previsto en el art. 99, inc. 3º, de la CN y su fórmula se inspira en el art. 77 de la Constitución Italiana.

(53) Art. 99, inc. 3º, párr. 3º.

(54) In re “Zofracor”. Fallos: 325:2394.

(55) Art. 116 de la Constitución de 1978 y Ley Orgánica 4/1981 del 1º de junio de 1981.

(56) Aragón Reyes, Manuel, Hay que tomarse la Constitución en serio, diario El País del 10-4-20, afirma que “se ha producido una exorbitante utilización del estado de alarma”, juicio que compartimos y que “la suspensión generalizada de la libertad de circulación y residencia no caben en un estado de alarma sino solo en el estado de excepción”.

(57) Art. 19, CE.

(58) Arts. 2º y 5º de la Ley Orgánica 4/81.

(59) Álvarez García, Vicente, El concepto de necesidad en el Derecho Público, Madrid, Civitas, 1996.

(60) Bielsa, Rafael, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1954, pág. 533 y sigs.

(61) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. I, cit., pág. 270.

(62) Art. 3º, LNPA.

(63) Vid: Rivero, Jean, Los principios generales del Derecho en el derecho administrativo, RAP N° 22, pág. 46.

(64) Postura que adoptamos en Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), Buenos Aires, La Ley, 2015, págs. 34-39.

(65) Art. 99, inc. 3º, párr. 4º, CN.

(66) Ley 26.122, art. 17 y sigs.

(67) Sagües, Néstor P., Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 389.

(68) Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, cit., t. I, pág. 284 y sigs; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. I, pág. 263 y sigs.

(69) Cfr. Sagüés, Néstor P., Manual..., cit., pág. 218.

(70) En contra: Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordadas, 4ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 369, sostiene que basta con el rechazo de una de las Cámaras, implica la caducidad del respectivo decreto, opinión valiosa que, sin embargo, creemos se aparta de lo que expresan el texto constitucional y la ley 26.122 que lo reglamenta.

(71) Art. 24, ley 26.122.

(72) Cfr. Sagüés, Néstor P., Manual..., cit., pág. 390.

(73) Una opinión contraria ha expuesto Buteler, Alfonso, véase: La potestad reglamentaria de urgencia en la emergencia sanitaria, La Ley del 25-5-20, pág. 6 y sigs.

(74) Ampliar en Coviello, Pedro J. J., Los límites..., cit., pág. 68.

(75) DNU 325/20; 355/20; 408/20 y 459/20.

(76) Ver Cassagne, Ezequiel, El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el Covid-19, LL, 2020-C, Buenos Aires, diario del 2-6-20, pág. 5.

(77) Gelli, María A., La pandemia del Covid-19. Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible, La Ley del 18-5-20.

(78) Cfr.: Córdoba, Marcos M., La solidaridad es un principio general aun no positivizado en el derecho argentino, SJA 1-6-16, 1; JA, 2016-II y Laje, Alejandro, El principio de solidaridad jurídica en época del Covid-19, La Ley, 27-4-20.

(79) Ampliar en Cassagne, Juan C., Los grandes principios..., cit., pág. 41 y sigs.

(80) Ibídem, pág. 174 y sigs.

(81) García Moritán, Patricio, Covid-19: análisis sobre la razonabilidad de la cuarentena, Abogados.com del 19-5-20, advierte la aplicación de los tres subprincipios de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte.

(82) In re "Silva" (Causa Nº 58) del 3-11-15, al analizar la razonabilidad o proporcionalidad de las intervenciones telefónicas, se remitió al dictamen del procurador general de la Nación (Cap. V) que recoge dicho principio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso "Escher vs. Brasil"). Con posterioridad, la Corte adoptó en forma directa los tres "subprincipios" en la acordada 17/19 del 19-6-19 (Considerando V).

(83) Ferreyra, Raúl G., Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2016, págs. 93-99.

(84) Vid.: Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, págs. 276 y 342 y sigs.

(85) Art. 75, inc. 22, párr. 2º.

(86) Cfr. Laplacette, Carlos J., Acciones declarativas de inconstitucionalidad, Buenos Aires, La Ley, 2020, pág. 209 y sigs.

(87) Vid.: Cassagne, Ezequiel, El rol del Estado en la emergencia..., cit., pág. 8.

(88) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. III-A, pág. 469 y sigs.

(89) Fallos: 319-1681.

(90) Bandeira de Mello, Celso A., Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos, en la obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, 1998, págs. 903-904.

(91) Art. 13 inc. c), del decreto 1023/01.

(92) Art. 53, inc. d), ley 13.064.

(93) CADH, arts. 21, ap. 2º, y 63, ap. 1º.

(94) Cassagne, Ezequiel, El rol del Estado en emergencia..., cit., pág. 8, apunta que la buena fe constituye un principio cardinal de la recomposición de los contratos públicos.

(95) Camus, Albert, El hombre rebelde..., cit., pág. 27 y sigs., aun siendo agnóstico, vio claras las proyecciones de la rebelión (metafísica, histórica y filosófica) del hombre.

(96) Cfr. Gagliardo, Mariano, Transformaciones..., cit., Cap. III, punto 23 y sigs., postula objetivos semejantes.

(97) Agamben, Giorgio, Estado de excepción, 4ª ed., Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2010, lo concibe como un instrumento normal de gobierno, diario El País del 23-4-16. Esta opinión, vertida en un reportaje periodístico, asociada a la noción de inmanentismo, ha sido objeto de la crítica de Vanossi, Jorge R. en Las situaciones de las “excepciones” en los regímenes constitucionales, en un trabajo publicado en Estudios de Derecho Constitucional por el Instituto de Derecho Constitucional, Segundo V. Linares Quintana de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Alfonso Santiago (dir.), Buenos Aires, 2019, pág. 5.

(98) Véase la crítica de Vanossi, Jorge R., Las situaciones de las excepciones..., cit., pág. 66 y sigs., y Coviello, Pedro J. J., Los límites..., cit., págs. 37 y 71.