

Universidad Torcuato Di Tella  
Escuela de Derecho

---

## Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 21, Número 2, julio 2021

---

La emergencia no da derechos  
Introducción a la sección Suprema Crítica

Roberto Gargarella

Formato de cita recomendado

Roberto Gargarella, *La emergencia no da derechos*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 21 2 (21)

---

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a [revistajuridica.utdt.edu](http://revistajuridica.utdt.edu)

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con [ratj@utdt.edu](mailto:ratj@utdt.edu)

---

## La emergencia no da derechos<sup>†</sup>

---

*Roberto Gargarella\**

Desde el momento en que tuve acceso al fallo de la Corte, pensé que lo más importante del mismo no era lo que resultaba más visible -esto es, las importantes aclaraciones hechas por la Corte, sobre la autonomía de la Ciudad, y sobre las facultades de esta última en materia educativa. La más relevante de lo decidido -pensaba- tenía que ver con otro aspecto del fallo, presentado de un modo menos estridente tal vez, y relacionado con los límites que debe respetar el poder, también -sino sobre todo- cuando actúa en el marco de una crisis grave.

La especial relevancia de ese costado del fallo (la Corte como protectora de las reglas de juego democráticas, en particular frente a situaciones de emergencia) se hizo evidente, a los pocos minutos de que lo conociéramos, y a la luz de los extraordinario comentarios que, en ráfaga, presentaron la Vicepresidenta de la Nación, el Sr. Presidente, y el Ministro de Justicia. Como en una ópera bufa, en velocidad y subiendo cada uno el tono del anterior, se despacharon sobre lo decidido los más altos funcionarios políticos con los que en el área contamos. El Ministro de Justicia, con su equilibrio y don de gentes habituales, habló de “fallo irresponsable”; mientras que el Presidente habló de un derecho “decrépito”, frente a lo que enseguida agregó: “dicten las sentencias que quieran, vamos a hacer lo que debemos” (en donde lo debido parece estar en directa contradicción con lo que dice el derecho según la Corte). La gran ganadora de la contienda anti-institucional, de todos modos, fue la ex Presidenta, quien -sin matices- aceleró hasta inscribir a la sentencia en una nueva modalidad de “golpes de estado”. ¿Será necesario aclarar que vivimos en democracia, que rige la Constitución, que una decisión judicial en contra del poder establecido es de lo más alejado que existe de un golpe de estado? ¿Será necesario agregar que expresiones tales son impropias de cualquier ciudadano, y que resultan simplemente inaceptables en boca de quienes las pronunciaron? ¿Será necesario recordar que el golpe de estado es el crimen más alto y grave que denuncia la Constitución, y que las equiparaciones y referencias del caso constituyen instancias de desacato, de violencia institucional? ¿Será necesario demostrar que, aunque a veces

---

<sup>†</sup> Columna de opinión originalmente publicada en elDiarioAR el 5 de mayo de 2021 y que sirve como introducción a la sección Suprema Crítica del presente número.

\* Sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of Chicago y Post-Doctorado en la Balliol College, Oxford. Profesor invitado de la Escuela de Derecho de la UTDT y profesor titular de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor e investigador visitante en numerosas universidades extranjeras.

lo parezca, no estamos en guerra, y que la función de las máximas autoridades es la de asegurarnos la paz?

Como nada parece importar a nuestros representantes; como aún los principales responsables políticos de la Nación se arrojan el derecho de insultar a la Constitución, y disparar sobre el entramado institucional sobre el que están parados, es que la decisión de la Corte gana especial relevancia. Y ello así porque, más allá de las diferencias y ausencia de fundamentos comunes, que distingue al fallo, todos sus firmantes dejan en claro que ninguna crisis ni pandemia puede servir como excusa para que el Poder Ejecutivo tome irrazonables medidas restrictivas de derechos, o actúe en violación de la Constitución. Lo dicho se desprende de modo prístino de los tres votos que organizaron el fallo. Por un lado, el que firmaron conjuntamente Maqueda y Rosatti (ex convencionales constituyentes) señala que las “atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación” no implican el aval a todas las decisiones presidenciales que se tomen en nombre de la cuestión sanitaria (más precisamente, sostuvieron los dos magistrados que no alcanza “con la mera invocación de la salud para sellar la validez” de un cierto ejercicio regulatorio). Algo similar afirma Lorenzetti, en su voto particular. Lorenzetti sostuvo que “las medidas que se adopten deben respetar el estado de derecho y los derechos fundamentales”, en consonancia con los estrictos límites definidos en su momento por la Corte Interamericana (Corte Interamericana que, en relación con la pandemia, sostuvo la necesidad de que las medidas que se adopten sean limitadas temporalmente, proporcionales, estrictamente necesarias y definidas conforme a criterios científicos razonables). El voto más contundente en la materia, de todos modos, fue el que - también en soledad, otra vez en soledad- firmó el Presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz. Rosenkrantz no solo consideró inconstitucional el decreto Presidencial (el que restringió la presencialidad en las escuelas), sino que dejó en claro los estrictos límites que demarcan cualquier decisión política tomada en emergencia. Rosenkrantz aclaró su visión al respecto a través de múltiples consideraciones, entre las que se destacan las siguientes. Dijo el Presidente del Tribunal: que “la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho”; que las autoridades deben atender los problemas que plantea la pandemia “dentro de los límites formales y sustantivos que les impone la Constitución”; que “la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente”; que no basta presentar a una decisión “como eficaz” para considerar que, “por esa sola razón” la medida resulta “constitucionalmente admisible”.

Entonces, sí es cierto que el fallo de la Corte fue muy importante porque -de una vez por todas, y para siempre- dejó en claro que la Ciudad no puede ser “tratada” como lo era “antes de la reforma del 94”. Es cierto que el fallo es crucial, también, por el modo en que se refirió al tema federal, y a la necesidad de evitar “fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades reconocidas a la CABA”. Es cierto, asimismo, que la Corte fijó un principio muy relevante, al decir que las decisiones que se tomen en materia federal, “deben contar con la participación de las partes involucradas” (es decir: la Nación no puede seguir

quitando recursos o facultades a una entidad autónoma, sin el acuerdo explícito, abierto, de la parte afectada). Es cierto que el fallo fue muy relevante, además, por determinar que la Ciudad, como cualquier provincia, tiene prioridad para definir su “modalidad educativa”. Es cierto que la decisión brilló, aún, por su exigencia de que las decisiones políticas durante la pandemia se encuentren fundamentadas y apoyadas en datos (algo que no se advirtió en el decreto del gobierno, ni en su posterior defensa del mismo).

Sin embargo, insisto, lo más relevante del fallo está en otro lado, y reside en la idea de que la emergencia no nos libera de las limitaciones que define el derecho. Lo más relevante del fallo se encuentra en la afirmación de que las invocaciones de la salud, los enfermos, la crisis, las camas ocupadas, la urgencia, la buena fe, el dolor de los argentinos, no constituyen razón ni justificativo suficiente para tomar decisiones violatorias de derechos, y en contradicción con los principios establecidos por la Constitución. Ello, por más que el Ejecutivo entero grite al cielo y golpee de bronca la tierra.