

# Una pandemia al margen de la ley: derechos y democracia en la respuesta argentina al COVID-19

*Nahuel Maisley\**

## **Resumen**

Entre 2020 y 2021, la Argentina vivió, institucionalmente, en un estado de excepción. Este trabajo analiza lo ocurrido a lo largo de estos meses en línea con algunas ideas señeras de Carlos Nino. Específicamente, sugiere que la anomia institucional que vivió nuestro país durante la pandemia promovió una indiferencia hacia el derecho que terminó privando a la sociedad de herramientas cruciales para resolver problemas intersubjetivos urgentes (en medio de una de las crisis más importantes de nuestra historia). La banalización de mecanismos institucionales excepcionales y delicados –como la suspensión prolongada del ejercicio de derechos humanos, o la marginalización del Congreso mediante el abuso de los decretos de necesidad y urgencia– incentivó a la sociedad a renunciar al derecho como mecanismo de organización social, con consecuencias trágicas en términos sanitarios, económicos y sociales. El trabajo sugiere que esta “anomia boba” y sus consecuencias podrían haber sido mitigadas si el sistema institucional hubiera procesado la crisis respetando los procedimientos y mecanismos previstos en la constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: pandemia, Derechos Humanos, Decretos de Necesidad y Urgencia, legitimidad.

\* Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires), Global Associate Professor of Law (New York University), Investigador Permanente (Instituto Gioja-CONICET); [nmaisley@derecho.uba.ar](mailto:nmaisley@derecho.uba.ar).

Agradezco a Magdalena Rochi Monagas, Sebastián Guidi, Marcelo Alegre y Johanna Zimmerman por sus comentarios a una primera versión de este texto.

## **A Lawless Pandemic: Rights and Democracy in Argentina's Response to COVID-19**

### **Abstract**

In 2020 and 2021, Argentina lived, institutionally, in a state of exception. This article studies the events of these months following seminal ideas from Carlos Nino. Specifically, it suggests that the institutional anomie that our country experienced during the pandemic promoted an indifference towards the law, which ended up depriving society of crucial tools to solve urgent intersubjective problems (in the midst of one of the most important crises in our history). The trivialization of exceptional and delicate institutional mechanisms –such as the prolonged suspension of the exercise of human rights, or the marginalization of Congress through the abuse of the decrees of necessity and urgency– encouraged society to renounce to law as a mechanism of social organization, with tragic consequences in sanitary, economic, and social terms. The article suggests that this “silly anomie” and its consequences could have been mitigated if the institutional system had processed the crisis respecting the procedures and mechanisms established in the constitution and in the international human rights treaties that are part of our legal system.

**Keywords:** Pandemic, Human Rights, Decrees of Necessity and Urgency, Legitimacy.

En el año 2020, durante más de siete meses, las y los habitantes del Área Metropolitana de Buenos Aires tuvieron prohibido salir de sus hogares (a menos que pudieran convencer al Estado argentino del carácter esencial de su actividad).<sup>1</sup> Según el Poder Ejecutivo, incumplir esta obligación podía

1. La obligación estuvo en pie desde la entrada en vigor del DNU 297/2020, el 20 de marzo de 2020, hasta el dictado del DNU 875/2020, del 7 de noviembre de 2020. Véase Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículos 1 y 2, y Decreto de Necesidad y Urgencia 875/2020 (7 de noviembre de 2020), artículos 2 y 3. En muchas otras partes del país ocurrió lo mismo, por distintos períodos de tiempo. Para un análisis completo de las medidas tomadas por el gobierno argentino frente al COVID-19, véase Magdalena Rochi Monagas, Nahuel Maisley, Maricel Asar, Roberto Gargarella &

implicar la comisión de un delito penal, sancionable con hasta dos años de prisión.<sup>2</sup> Las medidas en cuestión fueron establecidas –durante estos siete meses, y durante otros catorce meses adicionales– de forma unilateral por el presidente, sin intervención del Congreso y sin debate público previo, a través de decretos de necesidad y urgencia renovados periódicamente, cuyo contenido era comunicado a la sociedad recién una vez emitidos.<sup>3</sup>

Como era de esperarse, estas reglas se incumplieron abierta y sostenidamente. Luego de cierto tiempo, pese a que la norma estaba vigente, todos y todas sabíamos que “bueno, en realidad, lo que dice la norma no importa tanto, *nadie* puede quedarse encerrado durante siete meses”.<sup>4</sup> Incluso el presidente reconoció esta lógica en una entrevista televisiva en septiembre de 2020, en plena vigencia de las medidas en cuestión: “No hay cuarentena, no hay que confundir a la gente”, dijo. “Si tuviéramos 160 días de cuarentena real, no tendríamos ninguno de los problemas que estamos teniendo [de aumento de casos de COVID-19], porque son derivados de la mayor circulación y del mayor contacto de la gente entre sí [...]. Yo estuve en la calle y

---

Ramiro Álvarez Ugarte, “Argentina: Legal Response to COVID-19”, ed. Jeff King y Octavio Ferraz, *The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID-19* (Oxford: Oxford University Press, 2021), <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e21>.

2. Véase, por ejemplo, el artículo 30 del DNU 297/2020. Para un análisis, véase Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 139-143.

3. El primer decreto, el DNU 297/2020, estuvo en vigor desde el 20 de marzo de 2020. El último decreto, el DNU 678/2021, está en vigor desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2021 (véase Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículos 1 y 2, y Decreto de Necesidad y Urgencia 678/2021 (30 de septiembre de 2021), artículo 18).

4. En un trabajo que hicimos con colegas analizando estas medidas, sugerimos dos razones para el desarrollo de esta práctica de incumplimiento generalizado: “Primero, se fueron insertando varias excepciones a la orden inicial de permanecer en la residencia de cada uno, creando listas interminables (y a veces poco claras) de actividades autorizadas. La confusión sobre las excepciones erosionó la fuerza de la orden general y la gente comenzó a encontrar lagunas para justificar sus actividades. Y, en segundo lugar, en un país con una tasa de pobreza nacional superior al 40%, muchos tuvieron que incumplir las órdenes para poder trabajar y satisfacer sus necesidades básicas. Además, después de varios meses de aislamiento, incluso los que estaban por encima de la línea de pobreza incumplieron el aislamiento, de modo tal de poder seguir con sus vidas” (Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 68.)

la gente sale y camina en la Ciudad de Buenos Aires: no llevamos 160 días de cuarentena”.<sup>5</sup> Tiempo después se supo que el propio presidente, en julio de 2020, llegó al extremo de festejar el cumpleaños de su pareja en la residencia oficial, en una cena con más de diez personas, en abierta violación a las normas dictadas por él mismo.<sup>6</sup> Para esa misma fecha, una encuesta mostraba que el 88% de las personas admitía haber visitado amigos o familiares, pese a las restricciones vigentes.<sup>7</sup> Algunos meses después, un asesor del presidente reconoció que “esa cuarentena se prolongó en el tiempo quizá más de lo que hubiera sido lógico y esto hizo que la gente desarrollara una tendencia a incumplir las medidas”.<sup>8</sup>

5. “Alberto Fernández ante el aumento de casos: ‘No hay cuarentena’ pero puede haber ‘botón rojo’”, *Perfil*, 9 de febrero de 2020, sec. política, <https://www.perfil.com/noticias/politica/alberto-fernandez-ante-el-aumento-de-casos-no-hay-cuarentena-pero-puede-haber-boton-rojo.phtml>. El gobernador de la provincia de Buenos Aires sostuvo algo parecido en una de las conferencias de prensa en que –paradójicamente– se anunciaba otra extensión del aislamiento, argumentando que los datos de circulación real mostraban que “en la Argentina se ha flexibilizado la cuarentena” (“Coronavirus en la Argentina. Axel Kicillof: ‘Con la vacuna se ve el final del laberinto, no lo arruinemos ahora’”, *La Nación*, 14 de agosto de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/axel-kicillof-nid2421268/>).

6. Véase, por ejemplo, “Las fotos de un cumpleaños en plena cuarentena radical en 2020 que crean una tormenta política para el presidente argentino Alberto Fernández”, *BBC News Mundo*, 14 de agosto de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58211722>.

7. Eduardo Paladini, “¿Cuarentena relajada? El 87,6% admite que visitó a amigos o familiares pese al aislamiento”, *Clarín*, 18 de julio de 2020, [https://www.clarin.com/politica/-cuarentena-relajada-87-6-admite-visito-amigos-familiares-pese-aislamiento\\_o\\_be8soovYV.html](https://www.clarin.com/politica/-cuarentena-relajada-87-6-admite-visito-amigos-familiares-pese-aislamiento_o_be8soovYV.html). Estos datos son coherentes con estudios empíricos realizados en la región sobre el tema: al analizar la información sobre cuarentenas en 120 países, Eduardo Levy Yeyati y Luca Sartorio han encontrado “un incumplimiento generalizado y creciente a lo largo del tiempo, que es significativamente mayor en las economías emergentes y en desarrollo” (Eduardo Levy Yeyati y Luca Sartorio, “Take me out: De facto limits on strict lockdowns in developing countries”, *UTDT - Escuela de Gobierno - Documento de Trabajo 2020/8*, julio de 2020, [https://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=20335&id\\_item\\_menu=31549](https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=20335&id_item_menu=31549)).

8. Declaraciones del Dr. Eduardo López en Valeria Chávez, “Contrapunto: dos expertos analizan los aciertos y errores en el manejo de la pandemia a nivel local”, *Infobae*, 3 de marzo de 2021, [/salud/2021/03/03/contrapunto-dos-expertos-analizan-los-aciertos-y-errores-en-el-manejo-de-la-pandemia-a-nivel-local/](https://www.infobae.com/2021/03/03/contrapunto-dos-expertos-analizan-los-aciertos-y-errores-en-el-manejo-de-la-pandemia-a-nivel-local/).

Aunque a veces no se manifieste tan obscenamente, esta relación tóxica con las normas no es nueva en nuestro país. En 1992, Carlos Nino describió a la Argentina como “un país al margen de la ley”, y sugirió que este fenómeno podía explicar (al menos parcialmente) nuestro subdesarrollo.<sup>9</sup> Según Nino, el problema es más serio que una mera acumulación de incumplimientos por autointerés egoísta. Tenemos una “anomia boba”, que implica una “inobservancia de normas que produce una cierta disfuncionalidad en la sociedad” porque lleva a “situaciones sociales en las que todos resultan perjudicados por la ilegalidad en cuestión”.<sup>10</sup> Es una situación en la que la interacción social es menos eficiente que “cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma”<sup>11</sup> –una “interacción autofrustrante para los mismos intereses de los actores”.<sup>12</sup> Todas y todos nos beneficiaríamos, por ejemplo, de un sistema de tránsito más fluido, y lo obtendríamos si cumpliéramos con las normas pertinentes; aun así, incumplimos, y salimos en última instancia perjudicados.<sup>13</sup>

Una de las contribuciones centrales de aquel libro de Nino fue conectar la persistencia de esa anomia en la vida social argentina con la anomia institucional que caracteriza, muchas veces, a nuestro país.<sup>14</sup> Aunque esta conexión no fuera estrictamente causal –dado que la anomia social tiene, ciertamente, múltiples orígenes– Nino sostenía que la construcción institucional de mecanismos de interacción cívica virtuosa es un elemento indispensable para revertir estas relaciones sociales perniciosas.<sup>15</sup> Y esa interacción cívica

9. Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, 4ª edición, 2011 (Buenos Aires: Ariel, 1992).

10. Nino, *Un país al margen de la ley*, 34.

11. Nino, *Un país al margen de la ley*, 39.

12. Nino, *Un país al margen de la ley*, 85.

13. Nino, *Un país al margen de la ley*, 36-40; 121-125.

14. La “tendencia a la ilegalidad, o a la anomia en general”, decía Nino, “tiene ejemplo e inspiración en el manejo del poder público” (Nino, *Un país al margen de la ley*, 85).

15. En el prólogo del libro, Roberto Gargarella identifica, con justicia, estas ideas de Nino con la tradición de filosofía política conocida como “republicanismo cívico”, basada en una concepción de las virtudes como motor de los procesos de toma de decisiones públicas. Véase Roberto Gargarella, “Prólogo”, en *Un país al margen de la ley*, de Carlos Santiago Nino, 4ª edición, 2011 (Buenos Aires: Ariel, 1992), 7-10. En la misma línea, en obras recientes, el propio Gargarella traza una conexión similar, sugiriendo que “la derrota del

virtuosa, que Nino identificaba con la democracia deliberativa, no puede jamás construirse sin normas que la guíen.<sup>16</sup> Entonces, para Nino, “la única esperanza de superar esta tendencia a la ajuricidad en la Argentina es mediante el mismo proceso de deliberación pública que es consustancial a la democracia”.<sup>17</sup> Y a ello solo se llegará a través del proceso de “señalar [...] las consecuencias dañosas de la ajuricidad, de mostrar cómo la cooperación es socialmente beneficiosa, de argumentar a favor de la adopción de ciertas normas que permitan esa cooperación y, finalmente, de acordar en forma consciente y deliberada atenerse colectivamente a esas normas”.<sup>18</sup>

En este breve trabajo quiero sugerir, en línea con aquellas ideas de Nino, que la anomia institucional que vivió nuestro país durante la pandemia promovió una indiferencia hacia el derecho que terminó privando a la sociedad de herramientas cruciales para resolver problemas intersubjetivos urgentes (en medio de una de las crisis más importantes de nuestra historia). La banalización de mecanismos institucionales excepcionales y delicados –como la suspensión prolongada del ejercicio de derechos humanos, o la marginalización del Congreso mediante el abuso de los decretos de necesidad y urgencia– incentivó a la sociedad a renunciar al derecho como mecanismo de organización social. En el momento en que las y los ciudadanos dejaron de tomarse el derecho en serio, las interacciones sociales pasaron a estar gobernadas por los cálculos (a veces más autointeresados, a veces más altruistas) que cada persona realizaba sobre los riesgos –individuales y sociales– que entrañaban sus conductas. Esto generó un evidente problema de acción colectiva, que sin dudas contribuyó a escalar el número de

---

derecho” en enfrentar a muchos de nuestros problemas sociales se debe a deficiencias democráticas en su producción. Véase Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2020); Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2021).

16. “Una dinámica de interacción autofrustrante se podría superar alcanzándose formas de cooperación si se pudieran establecer normas jurídicas que modificaran las preferencias y expectativas de los participantes. Sin embargo, como se vio, las normas jurídicas sólo pueden generarse y ponerse en vigencia mediante un proceso cooperativo que en sí mismo requiere la observancia de normas” (Nino, *Un país al margen de la ley*, 250-251).

17. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

18. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

contagios y de muertes causadas por el COVID-19 y que también volvió más traumático el impacto de la pandemia en términos económicos y sociales. Lo que quiero sugerir aquí, entonces, es que esta “anomia boba” y sus consecuencias podrían haber sido mitigadas si el sistema institucional hubiera procesado la crisis respetando los procedimientos y mecanismos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

En lo que sigue intentaré explicar, en una primera sección, por qué la respuesta institucional a la pandemia en nuestro país fue “anómica”. Sugeriré que la aparición del COVID-19 podía ser enmarcada, allá por marzo de 2020, en los mecanismos excepcionales previstos en nuestro sistema jurídico para lidiar con situaciones de crisis, pero que estos fueron luego banalizados, y extendidos mucho más allá de lo permitido. En una segunda sección, en tanto, subrayaré dos de los múltiples problemas causados por esta anomia institucional, que la conectan con la anomia social: problemas de legitimidad normativa, y problemas de legitimidad sociológica. Finalmente, en una última sección, presentaré una breve conclusión a las ideas desarrolladas en el texto.

## **I. La banalización de las normas de excepción**

### *a. La pandemia como excepción*

El sistema jurídico argentino prevé la posibilidad de que, en ciertas situaciones muy extraordinarias, algunos derechos deban ser temporalmente suspendidos y algunos procedimientos democráticos deban ser esquivados.<sup>19</sup> Se trata de escenarios verdaderamente anómalos, casi implausibles, realmente excepcionales, y de muy corta duración: casos de “conmoción

19. Para un análisis general de estos procedimientos en el derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a nuestro país, véase Mónica Pinto, *Temas de derechos humanos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), 108-118. Para un análisis de las aristas del caso en el derecho constitucional, véase Mariela Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 21, N°1 (24 de noviembre de 2020), 1-23.

interior o de ataque exterior”,<sup>20</sup> escenarios “de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”,<sup>21</sup> “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”,<sup>22</sup> o “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos [...] para la sanción de las leyes”.<sup>23</sup> En suma: eventos muy peculiares, de esos que ocurren solamente una vez por generación y que duran muy poco tiempo.

Una de esas situaciones extraordinarias se presentó, no obstante, en marzo de 2020. Ante la aparición de un virus peligroso y desconocido, transmisible de formas que aún no estaban claras, la Organización Mundial de la Salud recomendó a los Estados miembros adoptar medidas que garantizaran el “distanciamiento físico en las relaciones sociales [...], en consonancia con el riesgo [existente]”.<sup>24</sup> Mientras los canales de televisión mostraban hospitales desbordados en distintas partes del planeta, el Congreso de la Nación dejó de funcionar, y el presidente dictó un decreto de necesidad y urgencia adoptando “medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar [la propagación del virus] y su impacto en el sistema sanitario”.<sup>25</sup> Centralmente, el decreto estableció un “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, según el cual todas las personas tenían una obligación de permanecer en sus residencias, solo pudiendo “realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.<sup>26</sup> Paralelamente, al igual que otros Estados, Argentina notificó a la Organización

20. Constitución de la Nación Argentina, artículo 23.

21. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1.

22. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.1.

23. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.3.

24. Organización Mundial de la Salud, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*, 30 de enero de 2020. Disponible en [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

25. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), considerando 6.

26. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículo 2.



de Estados Americanos y a la Organización de las Naciones Unidas su decisión de suspender temporalmente el pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos humanos “para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la población de nuestro país, limitando los derechos individuales solo en la medida estrictamente necesaria, de manera proporcional, razonable, y pertinente en el contexto de las enormes dificultades y desafíos que impone la actual situación global”.<sup>27</sup>

La situación, por aquellos días, era de incertidumbre y prudencia generalizada. Alrededor del mundo, las redes sociales se llenaban de mensajes pidiendo que la gente se quedara en su casa.<sup>28</sup> Las y los especialistas reconocían las dudas respecto de la transmisión del virus, pero enfatizaban la necesidad de actuar rápido, con medidas “medievales” (es decir, cuarentenas y restricciones).<sup>29</sup> El director general de la OMS afirmaba que la combinación de aislamientos generalizados y otras medidas de distanciamiento físico habían “logrado suprimir la transmisión en muchos países”.<sup>30</sup> Paul McCartney

27. United Nations Secretary General, *International Covenant on Civil and Political Rights, Argentina: Notification under Article 4(3)*, U.N. Doc. C.N.189.2020.TREATIES-IV.4, ENAUN N°286/2020 (1 de junio de 2020), disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.189.2020-Eng.pdf>, p. 4; Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos, *Nota OEA 39*, dirigida a la Secretaría de Asuntos Jurídicos (27 de marzo de 2020), disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_suspension\\_garantias\\_Argentina\\_nota\\_No\\_39-2020.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_39-2020.pdf). Si bien los tratados usan la terminología de la “suspensión de los derechos”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio” (Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A No. 8 (30 de enero de 1987), párrafo 18).

28. Chris Strub, “Will Instagram’s New ‘Stay Home’ Sticker Encourage Social Distancing?”, *Forbes*, 21 de marzo de 2020, <https://www.forbes.com/sites/chrisstrub/2020/03/21/stayhome/>.

29. Donald G. McNeill Jr., “To Take On the Coronavirus, Go Medieval on It”, *The New York Times*, 28 de febrero de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/02/28/sunday-review/coronavirus-quarantine.html>; Donald G. McNeill Jr., “The Virus Can Be Stopped, but Only With Harsh Steps, Experts Say”, *The New York Times*, 22 de marzo de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/22/health/coronavirus-restrictions-us.html>.

30. Helen Sullivan *et al.*, “World Has ‘a Long Way to Go’ in COVID-19 Crisis, War-

y los Rolling Stones, entre muchas y muchos otros, daban conciertos virtuales apoyando estas ideas, y agradeciendo el esfuerzo de aquellos y aquellas que se exponían para proteger al resto.<sup>31</sup> En nuestro país, el Congreso dejó de sesionar, con consenso del oficialismo y la oposición.<sup>32</sup> Luego de anunciado el primer decreto de necesidad y urgencia, la enorme mayoría del arco político apoyó las medidas,<sup>33</sup> y la imagen favorable del presidente alcanzó picos inéditos del 93%.<sup>34</sup> Las encuestas, en tanto, muestran que un 95% de la ciudadanía estaba muy de acuerdo con las restricciones.<sup>35</sup> En un (maravilloso) concierto desde su living, Fito Páez resumía el sentir social: “Hay que respetar las leyes: vivir y ayudar a vivir”.<sup>36</sup>

La excepcionalidad sanitaria, epistémica, social y política de estas circunstancias ameritaba la toma de decisiones rápidas y unilaterales que restringieran derechos de forma circunscripta, por un tiempo breve, hasta tanto estuvieran dadas las circunstancias para una reflexión colectiva más detenida respecto de cómo lidiar con los desafíos planteados por la pande-

---

ns WHO Chief – as It Happened”, *The Guardian*, 23 de abril de 2020, <https://www.theguardian.com/world/live/2020/apr/22/coronavirus-live-news-un-warns-of-biblical-famine-as-white-house-prepares-immigration-halt?page=with%3Ablock-5ea-06bfb8f0898fe360d6287>.

31. Daniel Kreps, “Watch Paul McCartney’s Heartfelt ‘Lady Madonna’ From ‘One World: Together at Home’ Special”, *Rolling Stone*, 19 de abril de 2020, <https://www.rollingstone.com/music/music-news/paul-mccartney-lady-madonna-one-world-together-at-home-global-citizen-986526/>.

32. “Diputados solo sesionará si existe un pedido del gobierno y continuará su actividad en forma virtual”, *Télam*, 17 de marzo de 2020, <http://www.telam.com.ar/notas/202003/441708-coronavirus-diputados-acuerdo-coordinar-sesion-urgente.html>.

33. Miguel Jorquera, “Coronavirus: Diputados y senadores respaldaron el anuncio presidencial”, *Página/12*, 20 de marzo de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/254131-coronavirus-diputados-y-senadores-respaldaron-el-anuncio-pre>.

34. “Imagen positiva récord para Alberto Fernández”, *Página/12*, 27 de marzo de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/255620-imagen-positiva-record-para-alberto-fernandez>.

35. “Encuesta: 94,7% está ‘muy de acuerdo’ con las medidas de prevención del Gobierno”, *El Economista*, 26 de marzo de 2020, <https://eleconomista.com.ar/politica/encuesta-947-esta-muy-acuerdo-medidas-prevencion-gobierno-n32853>.

36. “Coronavirus: Fito Páez dio un recital desde su casa y lo vieron más de 100 mil personas”, *La Nación*, 21 de marzo de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/personajes/fito-paez-dio-recital-su-casa-lo-nid2345936/>.

mia.<sup>37</sup> Si en nuestra historia constitucional se dieron alguna vez las circunstancias previstas para la restricción de ciertos derechos de circulación, por un lado, y para la adopción de decretos de necesidad y urgencia, por el otro, no cabe duda de que fue en esta ocasión. Existía una “grave amenaza a la salud de la población”<sup>38</sup> que generaba un “peligro público”,<sup>39</sup> y que impedía que el Congreso se reuniera, haciendo “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [la] Constitución para la sanción de las leyes”.<sup>40</sup> En otras palabras, no sabíamos cómo lidiar con el virus, y sí sabíamos (o creíamos

37. Con esta misma lógica, Gilad Abiri y Sebastián Guidi explican que, al comienzo de una pandemia, los jueces y juezas deben tener deferencia hacia las decisiones del Ejecutivo, por dos razones, ambas presentes en el caso argentino: “En primer lugar, al inicio de una pandemia, lo que se necesita es una acción decisiva, rápida y (en la medida de lo posible) bien informada. Sin estas medidas, se perderán vidas y aumentará el sufrimiento social. Una fuerte presunción de deferencia, entonces, permite que el ejecutivo proceda sin las trabas de la intervención judicial. En segundo lugar, durante las etapas iniciales de una pandemia, la popularidad de las medidas de respuesta del ejecutivo y el apoyo del público a ellas probablemente alcanzará niveles extremadamente altos, independientemente de su legalidad. En este contexto, es poco probable que los tribunales tengan la capacidad institucional para resistir eficazmente algunas de las medidas contra la pandemia y, por lo tanto, tienden a racionalizar su aceptación”, Gilad Abiri y Sebastián Guidi, “The Pandemic Constitution”, *Columbia Journal of Transnational Law* 61 (2022), sec. IV.A..

38. Los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen específicamente esta causal como habilitante de ciertas restricciones en los términos del artículo 4 del Pacto: “La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados. Deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, *Anexo: Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, párrafos 25 y 26).

39. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una interpretación amplia y contextual de este término: véase Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafos 16-30.

40. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.3.

saber), quizás erróneamente, que no actuar rápido podía llevar a una tragedia: había que actuar, y recién después aprender y discutir.

*b. La excepción no puede volverse regla*

Pero la urgencia pasó, los aprendizajes de a poco aparecieron, y el fin de la excepcionalidad nunca llegó. El Congreso de la Nación volvió a entrar en funciones, primero de forma virtual, y luego paulatinamente sumando presencialidad, a partir del 13 de mayo de 2020.<sup>41</sup> A sabiendas de que la pandemia nos acompañaría por un buen número de meses, la OMS advirtió tempranamente que las medidas de aislamiento generalizado “pueden tener un profundo impacto negativo sobre los individuos, las comunidades, y las sociedades, al poner una pausa abrupta a la vida económica y social [...] con un efecto desproporcionado sobre grupos desaventajados”.<sup>42</sup> En respuesta a la naturaleza prolongada del problema, la sociedad argentina fue gradualmente recuperando su actividad, creando una “nueva normalidad” signada por los cuidados y las precauciones.<sup>43</sup> De a poco, las publicidades que pedían “quedarse en casa” fueron quedando desactualizadas, desplazadas por otras que sugerían ventilar ambientes, realizar encuentros al aire libre y utilizar correctamente el barbijo.<sup>44</sup>

41. Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 40-43.

42. World Health Organization, “COVID-19 Strategy Update - 14 April 2020”, 14 de abril de 2020, 3, <https://www.who.int/publications-detail-redirect/covid-19-strategy-update--14-april-2020>.

43. “Durante una pandemia prolongada, la vida se re-establece en una nueva normalidad; el riesgo de enfermarse y morir a causa de la enfermedad se convierte en otro de los muchos riesgos de la vida. Aunque el peso relativo de la enfermedad puede ser mayor porque es más mortal o más contagiosa que otras enfermedades, los riesgos que plantea no son de diferente naturaleza. Una vez que el estado de emergencia ha dado paso a una nueva normalidad (aunque sea más peligrosa), es difícil justificar la continua deferencia a las medidas gubernamentales contra la pandemia” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. IV.A.).

44. Véase, por ejemplo, “La Provincia lanzó una campaña con un ABCD como fórmula de cuidados para evitar el aumento de casos COVID-19”, *Gobierno de la Provincia de Buenos Aires*, 16 de diciembre de 2020, [https://www.gba.gov.ar/saludprovincia/noticias/la\\_provincia\\_lanz%C3%B3\\_una\\_campa%C3%B1a\\_con\\_un\\_abcd\\_como\\_f%C3%B3rmula\\_de\\_cuidados\\_para](https://www.gba.gov.ar/saludprovincia/noticias/la_provincia_lanz%C3%B3_una_campa%C3%B1a_con_un_abcd_como_f%C3%B3rmula_de_cuidados_para).

Las instituciones, no obstante, no reflejaron este desarrollo social, y se mantuvieron en estado de excepción. El Estado argentino mantuvo su notificación de la suspensión del ejercicio de derechos humanos hasta el 31 de diciembre de 2021, es decir, por un insólito plazo de un año y nueve meses!<sup>45</sup> Durante este mismo período, el Poder Ejecutivo siguió decidiendo unilateralmente respecto del curso de la pandemia a través de decretos de necesidad y urgencia, cuyo contenido fue resuelto sigilosamente, entre cuatro paredes, por el presidente y sus asesores y asesoras, sin participación ni representación de vastos sectores sociales que se verían afectados por esas medidas.<sup>46</sup>

La permanencia de esta excepcionalidad es, muy evidentemente, incompatible con las reglas establecidas en la Constitución y en las convenciones internacionales que forman parte de nuestro sistema jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención [Americana de Derechos Humanos] establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión”.<sup>47</sup> La Convención misma es muy clara al especificar que la suspensión puede extenderse únicamente “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.<sup>48</sup> La Comisión Interamericana, en tanto, ha especificado que “es aún más serio decretar estados de emergencia por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, sobre todo cuando ellos otorgan al Jefe de Estado una amplia

45. United Nations Secretary General, *International Covenant on Civil and Political Rights, Argentina: Notification under Article 4(3)*, U.N. Doc. C.N.273.2021.TREATIES-IV.4 (14 de septiembre de 2021), disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2021/CN.273.2021-Eng.pdf>. En el caso del sistema interamericano, las notificaciones son más frecuentes, y no se establece aún una fecha clara de terminación. Al momento de redactar este escrito, la última nota era del 4 de octubre: Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos, *Nota OEA 210*, dirigida a la Secretaría de Asuntos Jurídicos (4 de octubre de 2021), disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_suspension\\_garantias\\_Argentina\\_nota\\_No\\_210-2021.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_210-2021.pdf).

46. Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 40-43.

47. Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafo 21.

48. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1.

concentración de poder”.<sup>49</sup> Algo similar ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>50</sup> En este marco, también, el Estado tiene una obligación de poner fin a la suspensión tan pronto como sea posible: el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “[e]l restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objeto primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto”.<sup>51</sup> Pese a ello, en octubre de 2021, con más del 70% de la población argentina vacunada, con restricciones que en la práctica son casi inexistentes, y con un riesgo epidemiológico reconocidamente bajo, el ejercicio de numerosos derechos humanos sigue formalmente suspendido en Argentina.<sup>52</sup>

Una dinámica similar se ha desarrollado con respecto al proceso de toma de decisiones que rigen la respuesta a la pandemia.<sup>53</sup> A partir del 13 de

49. CIDH, *Informe 48/00, Walter Humberto Vásquez Vejarano c. Perú*, Caso 11.166 (13 de abril de 2000), párrafo 35.

50. “Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia”, Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, *Estados de emergencia (artículo 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), párrafo 4.

51. Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, *Estados de emergencia (artículo 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), párrafo 1.

52. El último decreto de necesidad y urgencia y la notificación de la suspensión del ejercicio de derechos humanos están vigentes hasta el 31 de diciembre de 2021. Mientras tanto, fue el propio Poder Ejecutivo el que reconoció que el riesgo es hoy bajo: véanse las declaraciones del jefe de Gabinete de Ministros, Juan Manzur, en conferencia de prensa, el 30 de septiembre de 2021: “El Gobierno anunció la vuelta del público a los eventos masivos”, *Argentina.gob.ar*, 30 de septiembre de 2021, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-anuncio-la-vuelta-del-publico-los-eventos-masivos>.

53. Para un análisis general, véase Marcelo Alegre, Ramiro Álvarez Ugarte, Maricel Asar, Roberto Gargarella, Nahuel Maisley, Julio Montero, & Liliana Ronconi, “Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia”, Programa de Estudios Institucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 13 de julio de 2020, [http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020\\_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf); Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”.

mayo de 2020, con el Congreso en pleno funcionamiento y con la pandemia como un problema de larga duración, es indudable que no se dan las “circunstancias de rigurosa excepcionalidad y urgencia”<sup>54</sup> definidas por la Corte Suprema para el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo.<sup>55</sup> A diferencia de lo que ocurría en marzo de 2020, ya no es cierto que “las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan”<sup>56</sup> ni que “la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.<sup>57</sup> En efecto, esto fue reconocido por el propio presidente de la Nación en abril de 2021, cuando –luego de un año de gobernar la pandemia por decreto– anunció que enviaría “un Proyecto de Ley al Congreso de la Nación para que en función de criterios científicos claros y precisos se facult[ara] al presidente de la Nación y a los gobernadores a tomar restricciones y medidas de

54. CSJN, *Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*, CSJ 30/2013 (49-P)/CS1 (7 de octubre de 2021), cons. 10. Véase también CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999).

55. Hay quienes han afirmado que, luego de la sanción de la ley 26122, la decisión respecto de la existencia o inexistencia de estas circunstancias es completamente discrecional por parte del Congreso, y que el silencio las convalida. Esto, no obstante, es manifiestamente incompatible con la interpretación que la propia CSJN ha hecho del artículo 99.3, según la cual “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia [...] y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9). Para un análisis detallado de esta idea, véase el voto de Horacio Rosatti en CSJN, *Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*, CSJ 30/2013 (49-P)/CS1 (7 de octubre de 2021).

56. CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9.

57. CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9.

cuidado”.<sup>58</sup> Si la cuestión podía ser decidida por el Congreso, como pretendía el Presidente –finalmente, luego de un año–, entonces no había necesidad ni urgencia que justificara la emisión de decretos legislativos.<sup>59</sup>

Si estos dos cursos de acción son problemáticos de forma aislada, lo son más aún cuando se realizan en conjunto. La Corte Interamericana ha subrayado que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ al que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA”.<sup>60</sup> La idea de que la restricción de derechos debe hacerse generalmente por ley del Congreso, y no unilateralmente por parte del Poder Ejecutivo, también enfatizada por la Corte Interamericana, no es caprichosa: “A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.<sup>61</sup> La suspensión del ejercicio de derechos humanos a través de decretos legislativos presidenciales por un plazo de casi dos años es, entonces, abiertamente incompatible con la Constitución, y con los compromisos internacionales asumidos por el país: una banalización de herramientas que el sistema jurídico ha previsto para situaciones verdaderamente excepcionales (como la de marzo de 2020).

58. “Anuncio del presidente de la Nación, Alberto Fernández, desde Casa Rosada”, *Casa Rosada*, 30 de abril de 2021, <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/47726-anuncio-del-presidente-de-la-nacion-alberto-fernandez-desde-casa-rosada>.

59. El proyecto obtuvo media sanción en el Senado, pero nunca fue tratado en la cámara de Diputados. Huelga decir, por supuesto, que la negativa del Congreso a aprobar un proyecto no es causal suficiente para que el Ejecutivo pueda regular sobre la materia a través de decretos de necesidad y urgencia. En todo caso, el Ejecutivo tiene la responsabilidad de modificar el proyecto para obtener los consensos suficientes y conseguir su aprobación. Esto es congruente con la distinción que traza Mariela Puga, entre urgencias que no pueden esperar la intervención del Congreso, y urgencias provenientes de emergencias estructurales. Véase Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

60. Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafo 20.

61. Corte IDH, *Opinión Consultiva 6/86*, Serie A N°6 (9 de mayo de 1986), párrafo 22.



## II. De la banalización de las instituciones a la renuncia al derecho como forma de organización social

En esta sección quiero sugerir que existe una conexión entre la banalización de los mecanismos institucionales de excepción que exploré en la sección anterior y la renuncia de la sociedad al derecho como forma de organización de sus interacciones durante gran parte de la pandemia. Por supuesto, no pretendo sugerir que la anomia social que se vivió durante los meses de cuarentena en 2020 fuera exclusivamente resultado de estos procesos institucionales. Pero sí quiero afirmar que, en lugar de revertir esta tendencia histórica a la ajuricidad, estas decisiones echaron más leña al fuego, dándole razones a la ciudadanía para ignorar, de forma abierta y sistemática, las normas vigentes. Para ello, me detendré en ciertos problemas que afectaron a estos procedimientos, en las dos dimensiones de la legitimidad: la normativa y la sociológica.

### *a. Problemas de legitimidad normativa*

La banalización de los procedimientos institucionales establecidos en la constitución y en los tratados internacionales afectó, en primer lugar, la legitimidad normativa de las medidas adoptadas por el Estado argentino para lidiar con el COVID-19. Esta dimensión de la legitimidad –también llamada “objetiva”– refiere a “un estándar de aceptabilidad o justificación de, por un lado, el ejercicio del poder o autoridad política y, posiblemente, por otro lado, de la existencia de una obligación de cumplimiento”.<sup>62</sup> En términos generales, suele entenderse que una institución es legítima cuando tiene el “derecho de gobernar [*right to rule*] a las personas sujetas a esa institución”;<sup>63</sup> es decir que tiene “la posición adecuada para tomar

62. Fabienne Peter, “Political Legitimacy”, ed. Edward N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.

63. José Luis Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, en *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, ed. Jean d’Aspremont y Samantha Besson (Oxford: Oxford University Press, 2017), 731. Al respecto véase, generalmente, Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven and London: Yale University Press, 1996); Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, First Paperback Edition, 1998 (Cambridge: The MIT Press, 1996); Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

decisiones políticas en nombre de todas y todos”.<sup>64</sup> La institución usualmente “adquiere este derecho de gobernar (principalmente) por *a quiénes* representa o por quiénes está integrada esta institución y por *cómo* se toman sus decisiones”.<sup>65</sup>

En el caso argentino, tanto la Constitución como los tratados internacionales establecen un sistema de gobierno basado en la separación de poderes, en el que las decisiones legislativas son tomadas por el Congreso, con procedimientos transparentes y deliberativos, y con representación de los distintos sectores de la sociedad.<sup>66</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado que “en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa”.<sup>67</sup> Esta referencia de la Corte a la *democracia deliberativa* como ideal regulativo que debe guiar a las instituciones nacionales no fue aislada.<sup>68</sup> “La democracia”,

64. Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, 731.

65. Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, 731.

66. Sobre la regulación constitucional, véase Roberto Gargarella, “Republicana, representativa y federal”, en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, eds. Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, vol. 1 (Buenos Aires: La Ley, 2016), 3-23. Sobre la regulación, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase Corte IDH, *Opinión Consultiva 6/86*, Serie A N°6 (9 de mayo de 1986).

67. CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, Fallos: 342:917 (4 de junio de 2019), considerando 4.

68. La Corte se refirió a esta idea en al menos ocho ocasiones. Véase CSJN, *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, Fallos: 331:1530 (24 de junio de 2008), considerando 11; CSJN, *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*, Fallos: 332:2559 (16 de noviembre de 2009), considerando 13; CSJN, *Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otro*, Fallos: 333:2079 (9 de noviembre de 2010), considerando 6; CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 23; CSJN, *Federación Argentina de la Magistratura c/ Salta, Provincia de*, Fallos: 340:1614 (14 de noviembre de 2017), considerando 6; CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, Fallos: 342:917 (4 de junio de 2019), considerando 4; CSJN, *De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María*, Fallos: 342:1665 (17 de octubre de 2019), considerando 6; CSJN, *Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos*, Fallos: 342:1777, considerando 7.

sostuvo la Corte, “necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión”.<sup>69</sup> Citando a Carlos Nino, el tribunal afirmó que “para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias”.<sup>70</sup> En la visión del tribunal, el autogobierno colectivo –pilar central de la Constitución– está protegido en última instancia por el intercambio de argumentos entre las y los ciudadanos, y sus representantes: “[I]os debates ardorosos y las críticas penetrantes”, sostuvo el tribunal, “no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es el principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes”.<sup>71</sup>

Las y los teóricos de la democracia deliberativa han identificado tres tipos de razones que respaldan la importancia de que las decisiones públicas sean tomadas a través de mecanismos que se acerquen tanto como sea posible a este ideal.<sup>72</sup> En primer lugar, existen *razones epistémicas* (o epistemológicas, en términos de la Corte Suprema) por las que los procedimientos transparentes y deliberativos del proceso de celebración de leyes son más efectivos que los del dictado de decretos de necesidad y urgencia a los fines de lograr la solución más imparcial al problema planteado.<sup>73</sup> Oír todas las

69. CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 24, con cita a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55.

70. CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 23, con cita a Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996.

71. CSJN, *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, Fallos: 331:1530 (24 de junio de 2008), considerando 11.

72. Los próximos párrafos están basados en algunas ideas previamente estudiadas en Nahuel Maisley, “El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario”, *Lecciones y Ensayos*, N°96 (2017), 57-61.

73. Véase, en general, Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven and London: Yale University Press, 1996), 117-128; José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006), 194-195; Roberto Gargarella, “Full representation, deliberation, and impartiality”, en *Deliberative democracy*, ed. Jon Elster (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 261; y, generalmente, Hélène Landemore, *Democratic reason. Politics, Collective*

voces en un debate público permite que se intercambie información que el grupo reducido de personas que está detrás de la redacción y sanción de DNU no necesariamente conoce. La deliberación pública también ayuda a detectar errores fácticos y lógicos que puedan ser cometidos en el proceso de toma de decisiones, y permite que las y los representantes modifiquen sus posiciones a la luz de los argumentos presentados por sus pares, o por la ciudadanía. Además, la deliberación pública dificulta la manipulación de la información, de la agenda y de las preferencias políticas.

En segundo lugar, existen *razones motivacionales* para preferir un modelo democrático, basado en la deliberación pública, a uno en que la decisión recaiga en una única persona, incluso asumiendo sus buenas intenciones. “Aun cuando conozcamos perfectamente las preferencias de los otros, podemos no tener motivaciones para tomar en cuenta estas preferencias”, dice Roberto Gargarella. Con la deliberación, en cambio, “los ‘otros’ estarán ‘allí’, para impelernos a respetarlos”.<sup>74</sup>

Por último, más allá de los dos tipos de razones instrumentales mencionados anteriormente, existen *razones morales* para que las decisiones legislativas sean tomadas por el Congreso luego de una deliberación inclusiva, y no unilateralmente por el Poder Ejecutivo. La igualdad moral de todos los individuos –que constituye simultáneamente “el corazón de todas las teorías políticas plausibles”<sup>75</sup> y el núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos–<sup>76</sup> exige que las opiniones y los intereses de todas y to-

---

*Intelligence, and the Rule of the Many* (Princeton: Princeton University Press, 2012). Para una crítica (al menos parcial) a estas ideas, véase Cristina Lafont, *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2020), caps. 3 y 6.

74. Gargarella, “Full representation, deliberation, and impartiality”, 262.

75. Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2002), 4.

76. La expresión más clara de esto es probablemente el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se expresa en el mismo sentido, sosteniendo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Al

dos respecto de una cierta decisión política sean tratados con igual consideración y respeto.<sup>77</sup> Dado que necesariamente existirán desacuerdos razonables respecto de qué opción elegir en este proceso,<sup>78</sup> y dado que las personas tendrán intereses divergentes respecto de la decisión,<sup>79</sup> el procedimiento debe estar orientado a incluir las voces de todas y todos los potencialmente afectados.<sup>80</sup> Así, al asegurar un mecanismo en el que todas y todos están representados, y en el que todas y todos tienen posibilidad de participar, la sociedad se reconoce a sí misma como una comunidad de libres e iguales, que toman ellos mismos –a través de procedimientos inclusivos– las decisiones respecto de su futuro. Lo contrario, es decir, delegar la decisión en una única persona, excluyendo a muchas y muchos del proceso político, “es una declaración de ciudadanía de segunda clase”,<sup>81</sup> es “una situación de dominación”,<sup>82</sup> es un “insulto, deshonor, o denigración”,<sup>83</sup> es “irrespetuoso”,<sup>84</sup> y es “un rechazo al reconocimiento de la capacidad de juicio moral de

---

respecto, véase Nahuel Maisley, “The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making”, *European Journal of International Law* 28, N°1 (2017), 89-113.

77. Véase Nadia Urbinati y María Paula Saffon, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory* 41, N°3 (2013), 442; Harry Brighouse, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”, *The Journal of Political Philosophy* 4, N°2 (1996), 123; Juan Carlos Bayón, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche* 9 (2009), 223; Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, 96, 210.

78. Véase al respecto, famosamente, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

79. Para esta idea, véase Andrei Marmor, “Authority, Equality and Democracy”, *Ratio Juris* 18, N°3 (2005), 323-326.

80. Véase Nahuel Maisley, “Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination”, *Latin American Journal of Political Philosophy* 4, N°5 (2015), 1-35.

81. Christopher Griffin, “Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure”, *The Journal of Political Philosophy* 11, N°1 (2003), 120.

82. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, 248.

83. Waldron, *Law and Disagreement*, 238.

84. Brighouse, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”, 139.

esa persona, que implica tratarla como a un niño, o como a un animal”,<sup>85</sup> o incluso “como [un] mero objeto”.<sup>86</sup>

Ahora bien, cualquier teoría de la democracia, incluso la más robusta, reconoce que en ciertas situaciones excepcionales –por ejemplo, como vimos, la acaecida en marzo de 2020– es inevitable apartarse de la búsqueda de este ideal deliberativo.<sup>87</sup> Lo problemático en este tipo de casos es que la excepción se prolongue en el tiempo –algo que puede tender a ocurrir si la causa subyacente a la urgencia persiste–. En estos casos, es importante distinguir, como hace Mariela Puga, entre “lo circunstancial y excepcional de un evento que urge de tal manera que no puede esperarse a que el Congreso intervenga, por un lado, y lo urgente de una situación de emergencia estructural, con visos de duración, y la probable exigencia de múltiples decisiones legislativas subsiguientes, por el otro”.<sup>88</sup> Según Puga, el solapamiento de las diferencias entre estos dos tipos de eventos –que sí están diferenciados en la Constitución– es lo que ha llevado en muchos casos “a que el presidente legisle prolíferamente en épocas de emergencia a través de DNU, como si ellos pudieran justificarse en una situación estructural de emergencia pública”.<sup>89</sup>

Entonces, lo que quiero sugerir aquí es que apartarse de los procedimientos institucionales exigidos por la Constitución llevó al Poder Ejecutivo argentino a tomar decisiones que no tenía facultad de tomar, y que –precisa-

85. Thomas Christiano, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 93.

86. Bayón, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, 223.

87. André Bächtiger, John Dryzek, Jane Mansbridge y Mark Warren explican en la introducción al *Oxford Handbook of Deliberative Democracy* que hay circunstancias en las cuales los intentos por aproximarse al ideal de la democracia deliberativa pueden crear impedimentos para lograr otros ideales y valores también importantes: “por ejemplo, cuando el tiempo y los recursos necesarios para una deliberación extensa socavan una acción decisiva sobre un asunto de interés público urgente”. André Bächtiger *et al.*, “Deliberative Democracy: An Introduction”, en *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, ed. André Bächtiger *et al.* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 3. En esos casos, dicen estos autores, “es apropiado conformarnos con instituciones y prácticas que se acercan menos al ideal deliberativo”.

88. Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

89. Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

mente por eso— probablemente hayan sido peores de las que habría tomado como resultado del proceso de sanción de leyes. Si el gobierno hubiera tenido que atravesar un proceso de discusión pública robusta antes de decidir cada extensión de la cuarentena, seguramente habría escuchado (antes) a los distintos sectores que no podían o no querían cumplir con las exigentes restricciones que estaban siendo impuestas. También habría tenido que refutar a quienes sugerían que algunas medidas eran incorrectas (por ejemplo, la prohibición de la actividad física al aire libre). Y probablemente habría tenido que evitar decisiones que parecen injustificables, como la de extender la suspensión del ejercicio de derechos humanos por más de 20 meses. En resumen: estoy sugiriendo que tomamos malas decisiones sobre cómo enfrentar la pandemia (entre otras cosas) porque usamos procedimientos malos para decidir.

#### *b. Problemas de legitimidad sociológica*

Todos estos problemas de legitimidad normativa indudablemente han tenido un impacto sobre la legitimidad sociológica de las medidas, es decir, sobre la percepción subjetiva de las y los ciudadanos sobre la capacidad y la autoridad de las normas para guiar sus conductas.<sup>90</sup> Esto se debe a que cuando las personas sienten que las normas les son ajenas, tienen menos razones para cumplirlas; en efecto, lo que vuelve atractiva a la democracia como sistema de toma de decisiones públicas es la idea de *autogobierno*, esto es, de que sean las y los propios afectados quienes eligen cómo resolver sus problemas intersubjetivos.<sup>91</sup>

90. Peter, “Political Legitimacy”. Esta legitimidad es particularmente importante en tiempos de pandemia. Gilad Abiri y Sebastián Guidi explican que “las medidas de lucha contra la pandemia requieren una cooperación activa y duradera de la población. Esta necesidad hace que la tarea de legitimarlos ante el público sea crucial y desafiante. Por un lado, necesitan mayor legitimidad para ser cumplidas de forma regular y voluntaria por el mayor número posible de ciudadanos. Por otro lado, a diferencia de las emergencias de seguridad nacional, la necesidad prolongada de cooperación y confianza de la población no puede depender de discursos de emergencia” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

91. Sobre esto último, véase Nahuel Maisley, “El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2019), cap. 7; Maisley, “Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination”.

Las y los teóricos del derecho identificaron tempranamente la dimensión de la normatividad de los sistemas jurídicos, es decir, la idea de que el derecho guía la conducta de las personas a través de mecanismos que exceden largamente el cálculo de costos y beneficios.<sup>92</sup> La mayor parte del tiempo, los sujetos no actúan solamente en base a las probabilidades de sanción por parte de la autoridad, sino por una idea de *obligación*, en la que “la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad”.<sup>93</sup> Es a través de esta idea de obligación que las dimensiones normativa y sociológica de la legitimidad se conectan: la legitimidad normativa del derecho –sea por razones epistémicas, motivacionales o morales– “nos provee razones para cumplir con la decisión democrática aun cuando nuestra reflexión individual nos diga con certeza que la decisión es equivocada”.<sup>94</sup> Es lógico esperar, entonces, que las personas tengan más y mejores razones para actuar conforme a las normas emitidas por una autoridad que sí tenga derecho de gobernar, que conforme a aquellas emitidas por una que no lo tenga.<sup>95</sup>

Estos razonamientos teóricos han sido comprobados, al menos en ciertos contextos, por estudios empíricos. En su clásico libro *Why People Obey the Law*, Tom Tyler entrevistó a más de mil quinientas personas en la ciudad de Chicago y concluyó que “las preocupaciones normativas son un determinante importante para que las personas se comporten de acuerdo

92. Esto es particularmente importante en tiempos de pandemia. Como explican Gilad Abiri y Sebastián Guidi, “[e]l tipo de cooperación que requieren las medidas de contención de una pandemia es extremadamente difícil, si no imposible, de hacer cumplir coercitivamente. Obviamente, no hay suficientes funcionarios estatales para controlar si alguien está estrechando su mano con otros, o visitando a sus abuelos”. Por lo tanto, “[c]ualquier estrategia exitosa contra una pandemia requiere la cooperación activa (y voluntaria) de los ciudadanos e incluso un cambio de normas sociales [...] Para que esto suceda, las personas deben conocer las recomendaciones e instrucciones que provienen de las autoridades de salud y confiar en que hayan tomado las decisiones correctas” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

93. Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press, 1994), 90.

94. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996, 130.

95. Todo esto sin perjuicio, por supuesto, de las discusiones que puedan llegar a existir, razonablemente, sobre la legitimidad normativa de las normas emanadas de esa autoridad.



con las normas”.<sup>96</sup> Resultados similares surgieron de un estudio, liderado por Margaret Levi, sobre más de 23 mil encuestados en 18 países africanos: “Cuando los miembros de la comunidad creen que el gobierno es legítimo, es más probable que se sometan a las autoridades políticas y respeten las leyes”.<sup>97</sup> Otros estudios analizaron si la existencia de instituciones verdaderamente representativas impactaba sobre el cumplimiento de las normas emanadas de ellas. Sveinung Arnesen e Yvette Peters, por ejemplo, entrevistaron a más de tres mil ciudadanas y ciudadanos noruegos para entender si el hecho de que un órgano representativo refleje descriptivamente a la sociedad “hace que la ciudadanía esté más dispuesta a aceptar las decisiones tomadas por este órgano”.<sup>98</sup> A partir de las respuestas, concluyeron que las personas suelen “ver la decisión como más aceptable cuando es tomada por un grupo de tomadores de decisiones que representa descriptivamente al público. Esto vuelve al órgano de toma de decisiones más legítimo a los ojos del público, lo que a su vez facilita la ejecución de políticas”.<sup>99</sup>

En nuestro país, las primeras decisiones respecto de la pandemia –allá por marzo de 2020– se sintieron inclusivas y representativas, particularmente dada la urgencia. El gobierno reaccionó rápido, se asesoró, convocó a la oposición, y decidió responsablemente, usando una herramienta de excepción de manera razonable. Pero después la excepción se volvió la regla, de forma arbitraria, sin siquiera una buena explicación de por qué fue así.<sup>100</sup>

96. Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 64.

97. Margaret Levi, Audrey Sacks y Tom Tyler, “Conceptualizing legitimacy, measuring legitimating beliefs”, *American Behavioral Scientist* 53, N°3 (2009), 354.

98. Sveinung Arnesen e Yvette Peters, “The Legitimacy of Representation: How Descriptive, Formal, and Responsiveness Representation Affect the Acceptability of Political Decisions”, *Comparative Political Studies* 51, N°7 (2018), 869.

99. Arnesen y Peters, “The Legitimacy of Representation”, 888.

100. Abiri y Guidi explican que el efecto *rally around the flag*, con evocaciones bélicas, que se dio en muchas partes del planeta como respuesta a la emergencia de la pandemia “ha demostrado ser de corta duración en el pasado, incluso cuando había un verdadero enemigo externo contra el cual manifestarse. Confiar en este tipo de dispositivo de legitimación tribalista para las pandemias (que no solo carecen de enemigos de carne y hueso, sino que son, además, impredeciblemente largas) parece poco aconsejable. Una vez que el estallido inicial de patriotismo se desvanece, los dispositivos legitimadores que quedan

A lo largo de todos estos meses, no supimos nada del proceso de toma de decisiones de los DNU, salvo el resultado final. El presidente solía reunirse con un comité de expertos, y a veces con ciertos gobernadores, a puertas cerradas, sin que se conociera el contenido de esas reuniones más que por trascendidos. La prensa cubría las reuniones con gran expectativa, filmando la puerta cerrada de la residencia de Olivos, y tratando de adivinar lo que ocurriría. Nos enterábamos de las decisiones una vez que estas habían sido tomadas, sin saber cuáles eran los argumentos en juego, ni quiénes habían intervenido en el proceso. Muchas veces, ni siquiera entendíamos exactamente qué normas estaban vigentes, con contradicciones interpretativas entre las y los propios funcionarios. El punto cúlmine de esta forma de toma de decisiones se presentó en abril de 2021 –tras más de un año de pandemia–, cuando un decreto de necesidad y urgencia ordenó el cierre de escuelas en el Área Metropolitana de Buenos Aires, y el presidente, luego de reconocer críticas y diferencias internas, declaró: “Esta medida no la consensué, esta medida la tomé yo, y me hago cargo yo”.<sup>101</sup>

Gracias a este proceso opaco, las decisiones durante todo este período nos resultaban totalmente ajenas, casi aleatorias: las peluquerías pueden abrir, las escuelas no, las fábricas sí, los estadios no, hasta que llegue la vacuna, la primera dosis, la segunda; bueno, ahora sí, pero acá no, allá sí, y así sucesivamente.<sup>102</sup> No había un criterio claro de qué actividades eran esen-

---

son los de la política normal. Sin duda, el conocimiento científico debe desempeñar un papel importante en la determinación de las medidas a tomar y en su legitimación ante la opinión pública. Sin embargo, en las sociedades democráticas existe una ‘convicción popular de que las políticas no pueden ser plenamente legítimas si son comprensibles sólo para los iniciados’. Por lo tanto, estas medidas deben ganar la confianza y la cooperación del público principalmente a través del proceso democrático: a través de un debate público transparente consagrado en un proceso institucional de toma de decisiones” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

101. “Alberto: ‘Hay que ir a las escuelas y ver cómo los chicos juegan a cambiarse el barbi-jo’”, *El Cronista*, 15 de abril de 2021, <https://www.cronista.com/economia-politica/coronavirus-argentina-alberto-fernandez-esta-medida-no-la-consensue-esta-medida-la-tome-yo/>. La medida fue finalmente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

102. Solo por poner un ejemplo, los bingos y casinos (espacios cerrados en los que se congregan numerosas personas) estuvieron habilitados para funcionar casi un año antes que las universidades. Véase “Vuelven a funcionar los casinos y bingos de la provincia

ciales y cuáles no, de qué aperturas se irían dando, ni de cuándo se permitirían. Todo se iba decidiendo sobre la marcha, a puertas cerradas, lejos de la ciudadanía. Muchas y muchos sintieron, además, que las medidas no tenían en cuenta sus sacrificios, y excedían los límites de lo posible en una sociedad como la nuestra. No es sorprendente, entonces, que esa misma ciudadanía decidiera, en algún punto, dejar de prestarle atención a esas normas, y empezar a decidir autónomamente en base a un cálculo de riesgos y beneficios individualizado. En síntesis: optaron por renunciar al derecho como forma de organización de las interacciones sociales, generando así un problema de acción colectiva mayúsculo, que contribuyó a escalar el número de contagios y de muertes causadas por el COVID-19 y que también volvió más traumático el impacto de la pandemia en términos económicos y sociales.

### III. Conclusiones

La pandemia de COVID-19 ha sido un evento verdaderamente excepcional en la historia de nuestro país. Es posible que pasen muchos años hasta que nos volvamos a enfrentar a un problema sanitario, social, económico y político de esta naturaleza, magnitud y urgencia. Si esto fuera cierto –aunque, en realidad, no tenemos certeza de que lo sea–,<sup>103</sup> las conclusiones de este trabajo, sobre pandemias, democracia, derecho, y excepciones, parecerían un tanto abstractas, aplicables únicamente a episodios remotos y poco frecuentes.

No obstante, creo que esta experiencia que hemos atravesado en Argentina en relación al COVID-19 nos debe dejar dos aprendizajes respecto de cómo conducimos nuestros asuntos públicos, más allá de esta situación específica. El primer aprendizaje es que *el derecho es una herramienta*

---

de Buenos Aires”, *Infobae*, 25 de noviembre de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/11/25/vuelven-a-funcionar-los-casinos-y-bingos-de-la-provincia-de-buenos-aires/>.

103. Véase Miriam Berger, “COVID-19 ‘Not Necessarily the Big One,’ WHO Warns”, *Washington Post*, 29 de diciembre de 2020, <https://www.washingtonpost.com/world/2020/12/29/coronavirus-2020-the-big-one-who-pandemics/>; World Health Organization, “The Best Time to Prevent the next Pandemic Is Now: Countries Join Voices for Better Emergency Preparedness”, 2020, <https://www.who.int/news/item/01-10-2020-the-best-time-to-prevent-the-next-pandemic-is-now-countries-join-voices-for-better-emergency-preparedness>.

*indispensable para lidiar con nuestros problemas comunes, a la que no podemos renunciar.* Como decía Nino, las normas sirven “para superar los problemas de cooperación, debido a que ellas pueden o bien modificar las preferencias de los individuos, o bien asegurar sus expectativas”.<sup>104</sup> Y aun cuando no toda norma tienda a este fin, o cuando a veces no baste con las normas para ello, lo cierto es que el derecho es, en general, “condición necesaria para desarrollar acciones colectivas eficientes”.<sup>105</sup> Con el derecho quizás no alcanza, pero sin el derecho es imposible.

El segundo aprendizaje, en tanto, es que *para romper el círculo vicioso de la “anomia boba” es necesario tomarse en serio los procedimientos institucionales que comprometen a nuestro sistema jurídico con un ideal robusto de democracia y de derechos humanos.* Para contribuir al cumplimiento de las normas, debemos cultivar la virtud cívica, lo que requiere “expandir el debate público, hacer más racional el proceso de justificación mutua, y dar más oportunidades de participación en las decisiones, en condiciones de igual libertad, a los afectados por ellas”.<sup>106</sup> En palabras de Nino, de lo que se trata es de invertir una lógica que viene de los tiempos de los corregidores coloniales (“se acata pero no se cumple”), y de constituir en un lema argentino la idea de que, en pandemia o fuera de ella, “[a]quí la ley se discute, pero se cumple”.<sup>107</sup>

## **Bibliografía**

- Abiri, Gilad y Sebastián Guidi, “The Pandemic Constitution”. *Columbia Journal of Transnational Law* 61 (2022).
- Alegre, Marcelo, Ramiro Álvarez Ugarte, Maricel Asar, Roberto Gargarella, Nahuel Maisley, Julio Montero y Liliana Ronconi, “Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia”. Programa de Estudios Institucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de

104. Nino, *Un país al margen de la ley*, 166.

105. Nino, *Un país al margen de la ley*, 166.

106. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

107. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

- Buenos Aires, 13 de julio de 2020. [http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020\\_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf).
- Arnesen, Sveinung e Yvette Peters, “The Legitimacy of Representation: How Descriptive, Formal, and Responsiveness Representation Affect the Acceptability of Political Decisions”. *Comparative Political Studies* 51, N°7 (2018), 868-899.
- Bächtiger, André, John S. Dryzek, Jane Mansbridge y Mark E. Warren, “Deliberative Democracy: An Introduction”. *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, editado por André Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge y Mark E. Warren, 1-32. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Bayón, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”. *Diritto & Questioni Pubbliche* 9 (2009), 189-228.
- Brighouse, Harry, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”. *The Journal of Political Philosophy* 4, N°2 (1996), 118-141.
- Christiano, Thomas, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.
- Gargarella, Roberto, “Full representation, deliberation, and impartiality”. *Deliberative democracy*, editado por Jon Elster, 260-280. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.
- Gargarella, Roberto, “Prólogo”. *Un país al margen de la ley*, Carlos Santiago Nino, 7-10, 4ª edición, 2011. Buenos Aires: Ariel, 1992.
- Gargarella, Roberto, “Republicana, representativa y federal”. *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, editado por Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, 1: 3-23. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Griffin, Christopher, “Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure”. *The Journal of Political Philosophy* 11, N°1 (2003), 111-121.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*. First Paperback Edition, 1998. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*. Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press, 1994.

- Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Second Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Lafont, Cristina, *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Landemore, Hélène, *Democratic reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- Levi, Margaret, Audrey Sacks y Tom Tyler, "Conceptualizing legitimacy, measuring legitimating beliefs". *American Behavioral Scientist* 53, N°3 (2009), 354-375.
- Levy Yeyati, Eduardo, y Luca Sartorio. "Take me out: De facto limits on strict lockdowns in developing countries". *UTDT - Escuela de Gobierno - Documento de Trabajo 2020/8*, julio de 2020. [https://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=20335&id\\_item\\_menu=31549](https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=20335&id_item_menu=31549).
- Maisley, Nahuel, "Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination". *Latin American Journal of Political Philosophy* 4, N°5 (2015), 1-35.
- Maisley, Nahuel, "El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario". *Lecciones y Ensayos*, N°96 (2017), 51-86.
- Maisley, Nahuel, "El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2019.
- Maisley, Nahuel, "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making". *European Journal of International Law* 28, N°1 (2017), 89-113.
- Marmor, Andrei, "Authority, Equality and Democracy". *Ratio Juris* 18, N°3 (2005), 315-345.
- Martí, José Luis, "Democratic Legitimacy and the Sources of International Law". *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, editado por Jean d'Aspremont y Samantha Besson. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

- Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*. 4ª edición, 2011. Buenos Aires: Ariel, 1992.
- Peter, Fabienne, “Political Legitimacy”. Editado por Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.
- Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- Puga, Mariela, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 21, N°1 (24 de noviembre de 2020), 1-23.
- Rochi Monagas, Magdalena, Nahuel Maisley, Maricel Asar, Roberto Gargarella y Ramiro Álvarez Ugarte, “Argentina: Legal Response to COVID-19”. Editado por Jeff King y Octavio Ferraz. *The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e21>.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Urbinati, Nadia, y María Paula Saffon, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”. *Political Theory* 41, N°3 (2013), 441-481.
- Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.