

ORGANIZADOR
LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI

O DIREITO PÚBLICO EM TEMPOS PANDÊMICOS

9 PAÍSES, 11 TRABALHOS E UMA
PORÇÃO DE INQUIETUDES



tirant
lo blanch

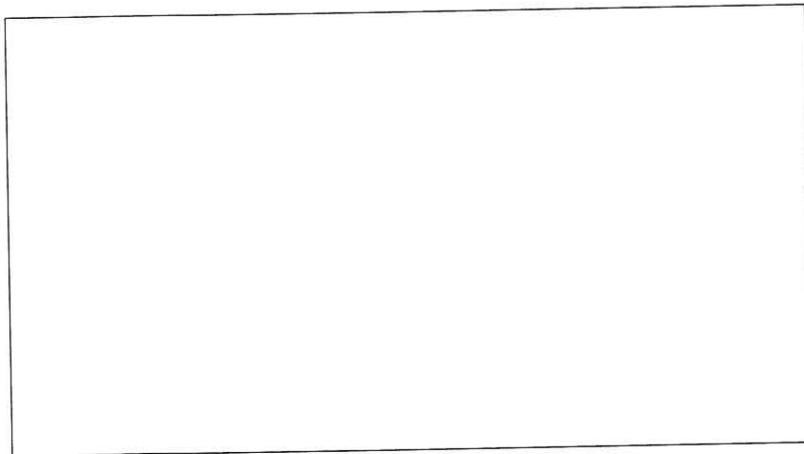
2020



Copyright© Tirant lo Blanch

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Renata Milan



*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.*



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2909 - sala 44

Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01401-002

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Capítulo V - Italia

EMERGENCIA, DERECHOS, DEMOCRACIA. ALGUNAS INQUIETUDES DESDE ITALIA

Anna Mastromarino²¹⁰

No hay duda: lo que estamos viviendo no tiene precedentes.

En estos días muy a menudo se mencionan pandemias que en los siglos pasados han diezmando la población mundial. La llamada *española* por ejemplo.

Sin embargo, podemos repetirlo sin rémoras: lo que estamos viviendo no tiene precedentes.

Y eso porqué, a pesar de las posibles similitudes, por primera vez nos enfrentamos a una epidemia que además de mundial, es global, y por lo tanto mediática, conectada y gestionada tecnológicamente: una pandemia vivida en directo; una pandemia que obliga los estados (excepto unas pocas excepciones) a confrontarse entre ellos; una pandemia que ha movilizó la comunidad científica mundial, empujando a una colaboración sin fronteras; una pandemia en cuya reducción la ciencia y la técnica juegan un rol esencial y en cuya gestión también la opinión pública mundial ocupa un papel fundamental.

Con esto no quiero decir que la dimensión nacional no tenga importancia. Todo lo contrario. Tiene importancia, y mucha, a la hora de asumir estrategias de enfrentamiento al virus, decisiones que afectan la vida de los ciudadanos, medidas de protección de la salud pública y resoluciones por lo que concierne la política económica de cada país.

Pero es indudable que, en esta pandemia, la dimensión nacional ha quedado inevitablemente condicionada y por lo tanto directamente afectada por una dimensión supranacional, que a esta tragedia

210 Profesora Asociada de Derecho Público Comparado del Departamento de Derecho de la Universidad de Torino, Italia.

le otorga un toque casi democrático, habida cuenta de que el virus COVID-19 está golpeando todos los países, independientemente de su producto bruto, de su nivel de desarrollo económico, de su estructura demográfica...

Cuidado: he dicho “casi democrático”...porque la naturaleza democrática del contagio va desenfocándose si pasamos a analizar aspectos relacionados con las consecuencias prácticas que lleva consigo una pandemia, teniendo en cuenta que a la hora de enfrentarse en concreto con la emergencia el nivel de riqueza, estabilidad democrática y de bienestar social de cada país influye patentemente en las condiciones de vida de los ciudadanos.

A estas alturas, como juristas, es difícil expresar algo más que inquietudes. El marco no es firme y la situación va cambiando de momento en momento.

Pero también las inquietudes forman parte de la caja de herramientas del jurista. Incluso hay circunstancias en que esas inquietudes ayudan a marcar un camino.

Italia ha sido uno de los primeros países en enfrentarse con la pandemia Covid-19 y sigue siendo, hasta ahora, uno de los países más afectados por el virus.

Es más: hay que añadir que Italia ha sido la primera entre las democracias liberales maduras en tener que encararse con el virus. Lo cual no es poco, pues en una situación extraordinaria de emergencia no tener términos de comparación puede convertirse en un considerable factor de debilidad. No cabe la menor duda de que la gestión de la emergencia dentro del marco de lo “democráticamente permitido” se convierte en una tarea mucho más pesada porque no puede prescindir de límites y controles, de balances entre los poderes, de consenso. Incluso recurriendo a medidas de urgencia, un Estado democrático constitucional tiene que preferir extender el tiempo necesario para tomar decisiones, en vez de permitir la consolidación de poderes personales. Esto porque en los Estados constitucionales

democráticos, incluso en condiciones de emergencia, el objetivo no cesa de ser la salvaguardia de sus valores y la limitación de poderes, mientras los sistemas que no corresponden al modelo democrático se conforman con guardar su propia existencia política.

Sin ninguna pretensión, podemos empezar subrayando que existen por lo menos dos posibles puntos de vista para analizar la respuesta italiana ante el llamado coronavirus: uno estrictamente constitucional y uno más político.

El enfoque constitucional impone, ante todo, detenerse en los aspectos jurídicos, preguntándonos cual han sido los instrumentos normativos utilizados, su nivel de adecuación y su legitimidad desde la perspectiva del sistema de fuentes.

Aunque cada Estado vaya encarando de forma peculiar la emergencia, hay que señalar que pueden notarse algunas convergencias en las estrategias de cada país.

Así es que el pasado 31 de enero, Italia declaró, con una duración inicial de seis meses, el llamado “*stato di emergenza nazionale*”, sobre la base del Código de protección civil, D.Lgl. 1/2028. Desde entonces se ha desencadenado una serie exorbitante de actos normativos, sobre todo de naturaleza administrativa.

Efectivamente el sistema italiano, a diferencia de otras experiencias, no prevé una disciplina constitucional para el estado de emergencia²¹¹. El constituyente no quiso dotar el sistema de mecanismos que hubieran podido degenerar en escenarios de suspensión o excepción, afectando la plena vigencia de los derechos y dañando la primacía de la Constitución y su carácter rígido.

Sin embargo, esto no quiere decir que la Constitución italiana no haya tomado en consideración la emergencia como posibilidad capaz de atañer el espacio público. Más bien, el constituyente ha

211 Puede ser interesante recordar que la doctrina comparte prácticamente de forma unánime la idea que, en estas circunstancias, el denominado “*stato di guerra*” (art. 78 C.I.) no puede ser utilizado por analogía, en primer lugar por falta de afinidad de la condición actual con una situación conflictual.

querido privilegiar el uso de instrumentos “extraordinarios” dentro del marco ordinario de la vida constitucional del país. Por eso ha dispuesto el procedimiento al que se refiere el art. 77²¹², otorgando al Ejecutivo un espacio de maniobra en casos de urgencia y necesidad. El legislador, además y a partir de este mismo espacio, ha sabido proveer el sistema de un régimen de “ordenanzas necesarias de urgencia” que pueden ser aprobadas por parte de autoridades administrativas, a nivel tanto nacional como local. Tras los años, la amplia jurisprudencia constitucional sobre el tema ha contribuido a trazar el perfil de un mecanismo normativo bastante resbaladizo, que hoy se presenta mucho más firme, siendo exigido que cada ordenanza sea motivada, limitada en el tiempo, impugnabile y conforme a los principios fundamentales del ordenamiento.

Hasta ahora, este es el contexto normativo en el que, en Italia, se ha ido desarrollando la secuencia de actos que han sido aprobados y cuya cobertura constitucional, en suma, resulta asegurada, por un lado, por el art. 77 de la Constitución, por otro por el Código de Protección Civil y el art.32 de ley 833 de 1978²¹³. Efectivamente, no cabe la menor duda de que nos encontramos frente a una situación extraordinaria de necesidad y urgencia que legitima la adopción, por parte del Gobierno, de normas de rango legal; así como no podemos olvidar que las circunstancias nos obligan a recurrir a distintas herramientas jurídicas, de diferente rango, para hacer frente a una situación sustancialmente desconocida y sumamente inestable.

212 El art.77 de la Constitución italiana prevee que: «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti».

213 : «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni».

Es por eso que, junto a decretos leyes, han sido aprobados actos del Ministro de la salud pública, actos del Departamento de la Protección Civil, actos regionales y municipales y, sobre todo, actos del Presidente del Consejo de Ministros, todos aptos a afectar los derechos constitucionales.

Hay que reconocer que, sobre todo en un primer momento, el gran número de actos aprobados, junto a sus diferentes rangos han ido generando una inevitable sensación de desorden y confusión entre la ciudadanía. Una sensación no propiamente adecuada en un contexto que, por si mismo, se presenta como precario y que el derecho debería contribuir a ordenar y ajustar (habida cuenta de que es la plena efectividad de los derechos y su goce integral lo que se está poniendo en juego); una sensación que si bien ha ido menguando con el tiempo, no se ha apagado del todo, a pesar de la aprobación del Decreto Ley n. 19/2020, que ha intentado una sistematización de lo existente, en particular por lo que concierne las relaciones entre Gobierno y Parlamento, por un lado, y entre Gobierno y entidades territoriales, por el otro.

Averiguar la legitimidad de los actos adoptados, por lo tanto, se convierte en una tarea vital al fin de asegurar legitimidad a toda la política nacional de contención de la pandemia y es esencial cuando se quiera entender la *ratio legis* de la acción normativa del Estado, dedicada, en primer lugar, a proteger el derecho a la salud.

En este sentido hay que aclarar que la Constitución italiana no dispone ningún tipo de jerarquía entre los derechos, inclinándose por un sistema integrado que prefiere la técnica del balanceo o ponderación concreta, en vez de una clasificación de derechos. Sin embargo, no se puede poner de lado que en Italia la fuerza del contagio ha sido lo suficientemente elevada como para obligar al legislador a tomar unas decisiones drásticas que, favoreciendo el derecho a la salud, restringen profundamente otras libertades fundamentales, como la de circulación, de reunión, de culto, de privacidad, inviolabilidad del domicilio... Efectivamente, más de 200.000 víctimas terminan

por casi neutralizar cualquier hipótesis de ponderación, siendo en juego el bien fundamental de la vida.

En estas circunstancias, forma y fondo se combinan: examinar la legalidad de los actos que limitan los derechos de los ciudadanos desde la perspectiva del sistema de fuentes permite reconocer, en el fondo, la legitimidad de las restricciones de las libertades, a pesar de otras posibles consideraciones de orden político.

Desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, una primera mirada hacia la gestión de la emergencia por parte de l'Italia, nos devuelve la idea de una acción que, a pesar de un primer momento de perplejidad, con graves secuelas, pero tal vez inevitable, ha intentado evitar quiebras del sistema de fuentes, otorgando cobertura constitucional a la actividad normativa llevada adelante, aunque con dificultad y dejando todavía en el aire algunas dudas.

Sin embargo, la situación parece complicarse si desde la dimensión jurídica pasamos a considerar la dimensión política: aquí las criticidades se hacen patentes y contribuyen a acrecentar esa sensación de desorden de la que hablábamos.

En particular, el sistema político, frente a la concentración del poder en el Ejecutivo (típica en una situación de emergencia y apta a generar cierto desequilibrio entre los poderes) no ha sido capaz de compensar el sistema otorgando el debido protagonismo al Parlamento, que se ha quedado arrinconado.

Semana tras semana, el Legislativo ha quedado parado sin reaccionar, incapaz de ejercer su papel, atrapado en sus debates (alimentados por parte de la doctrina) sobre la posibilidad de reunir las cámaras y votar de forma no presencial. Sin tomar decisiones acerca de las modalidades de trabajo en tiempos de Covid-19, el Parlamento italiano se ha limitado a hacer lo estrictamente necesario desde la perspectiva de la legalidad normativa, olvidando su rol de representación, que supone obligaciones de vigilancia y amparo de los derechos y, en particular en tiempos de emergencia, aporta cierto *allure*

democrático a las medidas de urgencia que afectan profundamente las libertades de los ciudadanos, a pesar de su estricta legalidad.

Cierto desequilibrio se nota también por lo que concierne las relaciones con los poderes territoriales. Si bien el Decreto Ley n. 19/2020 ha intentado coordinar la actividad a nivel nacional con aquella local, es evidente que el sistema regional no ha estado hasta ahora a la altura del desafío lanzado por la situación.

Efectivamente, las tensiones que están estresando el sistema son de tal magnitud que difícilmente podríamos esperar que una simple acción de coordinación centro-periferia sería suficiente a sobrepasar esta emergencia. Lo que ha hecho falta es un sistema fundado sobre mecanismos firmes de cooperación interterritorial y sobre el principio de lealtad mutua, que, con el paso del tiempo, se ha convertido en el pilar de todas las organizaciones multinivel.

Tanto la flojedad del rol del Parlamento en este momento de emergencia, así como las dificultades que el sistema encuentra en desarrollar una eficaz dinámica centro-periferia, en realidad, son expresión de criticidades bien conocidas por la doctrina italiana. Criticidades que ahora manifiestan todo su peso y muestran las raíces profundas de la crisis del sistema italiano, cuyo origen se encuentra en el progresivo deterioro de su clase y cultura política que ya desde hace tiempo no parece demostrarse a la altura del reto que tiene, siendo el fruto de un discurso populista que ha ido plasmando el cuerpo electoral y el proceso decisional.

El fracaso de la estrategia de comunicación adoptada por el Gobierno en estas semanas es emblemática de lo que vamos diciendo: es verdad que nos enfrentamos a una situación sin precedentes, respecto a la cual nadie tiene respuestas ciertas. Pero es verdad también que habida cuenta de la extrema incertidumbre en la cual todos los gobiernos están tomando decisiones, al fin y al cabo, el *quomodo* puede marcar una diferencia entre lo que está “bien hecho” y lo que está “mal hecho”.

Hay que reconocer que, a pesar de todo, la sociedad civil italiana ha cumplido generalmente con todas las instrucciones, reaccionando bien y de forma civil al estado de necesidad. Pero sin una buena estrategia comunicativa es probable que los ciudadanos terminen por no entender la *ratio* de una acción normativa que afecta profundamente sus vidas y sus derechos y es llevada al cabo a través de una multitud de actos que genera desconcierto y una impresión de descuido, más que de protección.

A pesar de estas primeras medidas urgentes para reaccionar frente a la emergencia, quizás tendremos que asumir la idea que lo extraordinario se pueda convertir en ordinario, tomando en cuenta la posibilidad que lo que está ocurriendo necesite tiempo para pasar.

Por eso también las inquietudes del jurista vuelven a jugar un rol importante, porque le permiten convertirse en un atento guardian del estado de derecho, sobre todo *pro futuro*.

Estoy convencida de que el verdadero desafío en términos de democracia y protección de derechos será lanzado mañana.

Será mañana, efectivamente, cuando podamos averiguar las consecuencias que se habrán desprendido a partir de esta indigestión de poder ejecutivo y los cambios que se habrán producido. Mañana podremos medir la solidez de nuestros sistemas democráticos, si serán capaces de dar pasos atrás después de tantos pasos adelante con deterioro de la libertad de los ciudadanos.

Hay que vigilar porque el estado de necesidad al cesar la emergencia se agote, llevándose consigo todo su aparato normativo de urgencia, sin resacas de autoritarismo, sin extender más las restricciones de la libertad de los ciudadanos.

El jurista es llamado hoy a escuchar sus inquietudes, pero más aún está llamado mañana a velar para que esas inquietudes no encuentren terreno fértil para echar raíces.

Lo que hoy parece necesario, mañana tiene que volver a ser

superfluo. El peligro es que, aprovechando de los tiempos difíciles que estamos viviendo, nos caiga encima una temporada en la que las conocidas democracias iliberales ya no nos parezcan tan indecentes, si no más bien indispensables para nuestra seguridad; una temporada en la que el miedo nos haga sacrificar nuestro patrimonio de derechos a cambio de unas supuestas tranquilidad y garantía.

Allí tendrá que estar el jurista, defensor de la Constitución, de sus mecanismos, de sus garantías, de sus derechos.

Sin duda la crisis que estamos viviendo ha puesto en evidencia los límites del sistema italiano. Límites que conciernen en primer lugar las dificultades que, desde varios años, encuentra el Parlamento para encontrar su papel en una dinámica política cada día más centrada sobre efímeros protagonistas, más bien que fundada sobre ideas y proyectos a largo plazo. No es una casualidad si en estos días ámbitos como el del bienestar, salud pública y educación se hayan encontrado, más que otros, desamparados frente a la emergencia: han estado sufriendo por años recortes financieros, disminución de personal, descuido en términos de planificación. Sin hablar de la competencia con el sector privado, apoyado por el mismo Estado.

Y mucho también queda que decir acerca de la organización territorial del Estado cuya disfunción termina inevitablemente por afectar el pleno goce de los derechos. Su perfil, con el tiempo y debido a reformas del sistema que yo definiría “inacabadas” (como aquella del año 2001), se ha ido deformando sin que nuevos contornos hayan ido asomándose, propiciando adaptaciones precarias que se han demostrado poco eficaces frente a la necesidad de actuar con urgencia y firmeza.

Lo que estamos viviendo nos desafía para el futuro: cada crisis supone un cambio. Depende de nosotros elegir la naturaleza y la dirección de los cambios que queremos introducir. Puede que la emergencia que estamos viviendo se convierta en una ocasión para enderezar el curso del estado de derecho, fortaleciendo esos puntos

débiles del sistema que ya hace tiempo se están manifestando; al contrario, puede que la pandemia de un duro golpe a los pilares de la democracia liberal. Nada está decidido, todo queda en nuestras manos. En las manos de los juristas sobre todo.

Permitanme una última reflexión.

Espero que la idea del cambio como condición inevitable frente a la crisis sea asumida por parte de la Union Europea también: no puedo concluir estas breves notas sin una referencia a la Europa, deseando que despierte de su largo sueño, antes que ese sueño se convirtiera en una pesadilla.

Es tiempo para la Unión de cambiar de paso y tiene que hacerlo ahora, abriendo un nuevo proceso constituyente. Ya no queda espacio para los nacionalismos, sea cual sea su naturaleza. La temporada del Estado-nación se ha acabado hace tiempo: vivimos en una época en la que o nos salvamos todos o nadie se salva. En Europa o hay integración política, del sistema de derechos, del welfare, sustentado por un sistema fiscal común o ya no tiene sentido ningún proyecto económico y comercial a nivel regional.