

La emergencia sanitaria y sus implicancias jurídicas*

Por Juan F. Armagnague

1. Las emergencias constitucionales

El estado de emergencia pública consiste en una declaración mediante la cual se establece un régimen particular, destinado a restringir derechos y garantías individuales, en forma temporal con la finalidad de satisfacer el interés general.

La pandemia producida por un virus que, aún se carece de datos ciertos y concretos, sobre su origen, hacen que el Estado en resguardo de la salud y de las garantías de sus habitantes, deba proceder a declararla.

Ahora veremos las características que el grave flagelo azota desde el punto de vista del organismo internacional de las Naciones Unidas, para luego abordar el papel que ocupa la Organización Mundial de la Salud, en su carácter de organización internacional, y es quién ejerce, de algún modo, el poder de policía entre los Estados para limitar los derechos individuales.

Pero como una cuestión de previo y especial pronunciamiento es preciso distinguir entre “pandemia” y “cuarentena”.

La “pandemia” es la propagación de una enfermedad altamente contagiosa que pone en riesgo a la población mundial. A lo largo de la historia se han presentado diversas pandemias que han terminado con la vida de millones de personas. Muchos de los virus y bacterias responsables de estas epidemias han sido erradicados. Sin embargo, ha surgido esta nueva amenaza, por lo que se mantiene una alerta sanitaria a nivel internacional.

La “cuarentena” constituye un aislamiento obligatorio dispuesto por la autoridad estatal, hasta que progresivamente se la va reemplazando por distanciamientos físicos obligatorios en forma progresiva, hasta ir recuperando la normalidad en espera de la vacuna que ponga fin a esta anómala e inesperada situación que se vive a nivel mundial, con casi medio millón de muertos y contagiados a siete millones aproximadamente.

Por cierto, que luego analizaremos en qué consisten la limitación a través de nuestra legislación a los derechos y garantías individuales.

2. La emergencia sanitaria según las Naciones Unidas

El alto organismo internacional, las Naciones Unidas tiene a la Organización Mundial de la Salud como un ente encargado de velar por la salud de los habitantes del Planeta.

* [Bibliografía recomendada.](#)

A raíz de esta grave emergencia mundial, dijo Antonio Guterres, en su carácter de secretario general de las Naciones Unidas, que “la pandemia de Covid-19 es una emergencia de salud pública, pero es mucho más”.

“Es una crisis económica y una crisis social. Y es una crisis humana, que se está convirtiendo rápidamente en una crisis de los derechos humanos”.

Dijo además, que en febrero de 2020, hice un llamado a la acción para que la dignidad humana y la promesa de la Declaración de los Derechos Humanos constituyan el componente fundamental de nuestra labor”.

Dijo además el alto funcionario internacional que “el virus no discrimina, pero su impacto sí. Por ello, la respuesta y la recuperación al Covid-19 tiene que hacerse desde el respeto a los derechos humanos”.

Agregó además que, “los derechos humanos deben guiar la respuesta y la recuperación ante la Covid-19. Las respuestas y sus derechos deben ser lo primero”.

Señaló, que “mirar a través del prisma de los derechos humanos hace que todos garanticen que nadie se quede atrás. De allí, que la respuesta de los derechos humanos puede ayudar a vencer la pandemia haciendo hincapié en la necesidad imperiosa de atención sanitaria para todos”.

Expresó que “también sirven como un sistema de alerta fundamental al poner de relieve quiénes son los que más sufren y que se puede hacer al respecto”.

Sostuvo Guterres que “el virus no discrimina, pero sus efectos sacan a la luz, las profundas deficiencias de los servicios públicos y las desigualdades estructurales que obstaculizan el acceso a ellos. Tenemos que asegurarnos que se aborden adecuadamente en la respuesta”.

Dijo el alto funcionario internacional que “vemos los aspectos más desproporcionados en ciertas comunidades, el aumento del discurso del odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria”. Manifestó asimismo Guterres, en su comunicado que “en un contexto de etnonacionalismo, populismo y autoritarismo en aumento, al tiempo que se produce un retroceso en los derechos humanos en algunos países, la crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas con fines no relacionados con la pandemia. Esto es inaceptable”.

Por eso, amplió el funcionario portugués que “más que nunca los gobiernos tienen que ser transparentes, receptivos y responsables. El espacio cívico y la libertad de prensa son fundamentales. Los órganos de la sociedad civil y el sector privado tienen funciones esenciales que desempeñar. Y, en todo lo que hagamos, subrayó, no olvidemos nunca que la amenaza es el virus, no las personas”.

Tenemos que asegurarnos, dijo Guterres, que “todas las medidas de emergencia, son legales, proporcionadas, necesarias y no discriminatorias, tengan un ámbito y una duración específicas y adopten el enfoque menos intensivo posible para proteger la salud pública”.

“La mejor respuesta, agregó el secretario general de las Naciones Unidas, es la que mitiga de forma proporcionada las amenazas inmediatas, protegiendo al mismo tiempo los derechos humanos y el Estado de derecho”.

“Mirando hacia delante, nuestra labor de reconstrucción debe ser mejor, los objetivos del desarrollo sostenible, que se sustentan en los derechos humanos, proporcionan el marco para que la economía y la sociedad sean más inclusivas y sostenibles”.

“La recuperación, sostuvo el secretario general de las Naciones Unidas, también tiene que respetar los derechos de las generaciones futuras, potenciar las medidas climáticas encaminadas a neutralizar las emisiones de carbono a más tardar en 2050 y proteger la biodiversidad. Todos estamos juntos en eso. El virus amenaza a todas las personas. Los derechos humanos favorecen a todas las personas.

“Al respetar los derechos humanos, continuó Guterres, en estos tiempos de crisis, construiremos soluciones más eficaces e inclusivas para la emergencia de hoy y la recuperación de mañana”.

Se agregó por el informe de las Naciones Unidas que “los periodistas y los trabajadores de los medios de comunicación, cumplen una tarea fundamental para ayudarnos a tomar decisiones informadas. Mientras el mundo lucha contra la pandemia del Covid-19, esas decisiones pueden marcar la diferencia entre la vida y la muerte”.

Se dijo además por el organismo internacional que “no habrá vuelta a la ‘antigua normalidad’, los gobiernos deben actuar para crear una nueva economía y más empleos”.

Guterres, además agregó que “la urgente crisis sanitaria que es el Covid-19, ha creado una recesión histórica con niveles récords de privaciones y desempleo, creando una crisis humana sin precedentes, que está golpeando con mayor fuerza a los pobres, especialmente a las mujeres, y a los niños. En un nuevo marco, agregó, publicado hoy como hoja de ruta para apoyar el camino de los países hacia la recuperación social y económica, las Naciones Unidas piden un aumento extraordinario del apoyo internacional y del compromiso político para garantizar que las personas de todo el mundo tengan acceso a los servicios esenciales y a la protección social”.

En los setenta años de la Declaración de los Derechos Humanos sancionada en 1950 por las Naciones Unidas, dijo el alto organismo que “observando que el brote del ébola en 2014, murieron más personas por la interrupción de los servicios sociales y el colapso económico, que por el propio virus, el marco se centra en la protección de las necesidades y los derechos de las personas más afectadas por la pandemia, empezando por los países y grupos más vulnerables y los que corren el riesgo de quedarse atrás”.

Guterres agregó que “basándose en las enseñanzas aprendidas de la crisis económica y financiera mundial de 2008 y 2009, el marco señala que los países con sistemas de protección social y servicios básicos sólidos son los que menos sufrieron y fueron los que más se recuperaron rápidamente”.

De allí que el secretario general de las Naciones Unidas agregó que “para evitar que miles de millones de personas caigan en la pobreza, los gobiernos de todo el mundo tendrán que adaptar y ampliar rápidamente los ‘colchones’ de seguridad, así como las transferencias de efectivo, la asistencia alimentaria, los planes de seguridad social y los subsidios familiares”.

Finalmente, Guterres señaló que “para reducir los efectos de la Covid-19, las Naciones Unidas piden que se amplíe extraordinariamente el apoyo para hacer frente a los desafíos que se avecinan, incluidos los mecanismos de respuesta inmediata de protección social que tenga en cuenta los efectos diferenciados en los grupos vulnerables, las niñas, los niños, las mujeres, los hombres y las personas del sector no estructurado”.

Por último, el secretario general de las Naciones Unidas expresó que “esto es particularmente urgente, considerando que 4.000 millones de personas, más de la mitad de la población mundial –incluidos dos de cada tres niños y niñas–, carecen de protección social o bien ésta, es inadecuada”, según se dijo el 27 de abril de 2020 en el máximo organismo mundial.

3. La Organización Mundial de la Salud (OMS)

En el preámbulo del tratado de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), existen tres ideas fuerza que son las siguientes, a saber: *a)* el goce del grado máximo de salud constituye un derecho constitucional (art. 42, Const. nacional) fundamental de todo ser humano; *b)* la salud de todos los pueblos de la Tierra, es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad según la Carta de Naciones Unidas; *c)* la desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y control de las enfermedades constituye un peligro común.

Este fue el numen del ideario humanista que posibilitó la creación de esta Organización Mundial que tuvo su carta de nacimiento el 22 de julio de 1946.

Allí se estableció la vinculación de esta organización internacional, pacifista y humanista con las Naciones Unidas, estableciéndose la sede en Ginebra. Al año 2015, existían 197 países miembros, lo que revela el interés que los Estados tienen en esta organización y sus actividades humanitarias.

La estructura de esta organización tiene un cuerpo plenario, la Asamblea Mundial de la Salud (órgano supremo); un órgano acotado que es el Consejo Ejecutivo (propone a la Asamblea y ejecuta sus decisiones) y una Secretaría a cargo de un director general.

Por una cuestión de descentralización mundial y para buscar mayor eficacia, existen seis organismos regionales descentralizados, en África; Asia suroriental; Pacífico occidental; Mediterráneo occidental, Europa y las Américas.

Según el art. 1º de la Constitución de este organismo es el de alcanzar para todo órgano fundamental puede adoptar por mayoría, distintas normas relativas a la prevención internacional de enfermedades; nomenclaturas; normas uniformes sobre diagnósticos y otras materias; propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y otros, que son obligatorias para los Estados miembros, salvo aquellos que las rechacen o que presenten reserva en un término determinado (arts. 21 y 23).

Hay dos importantes reglamentos que han recibido la aceptación casi universal: *a)* nomenclatura de enfermedades en 1967, y *b)* reglamento sanitario internacional de 1969.

La Asamblea puede limitarse a realizar recomendaciones a los Estados miembros según el art. 23, procedimiento que se recurre con habitualidad por dichos Estados.

Por el art. 20, que establece las facultades de la Asamblea, está la de adopción, por mayoría de dos tercios de Convenciones, sujetas al asentimiento de los Estados en obligarse y, si no lo hicieren, deberán dar las razones de tal negativa.

A su vez, los Estados miembros están obligados a rendir un informe anual a la Organización sobre las medidas que se han tomado de acuerdo a las recomendaciones, reglamentos, acuerdos y convenciones (art. 62).

A punto tal ha llegado la importancia de esta Organización internacional, que se obtuvo la erradicación mundial de la viruela, a través de un programa comenzado en 1967 donde se registró el último caso de enfermedad diez años después, permitiendo la abolición universal de la vacuna respectiva.

Pero esta Organización también se ocupa a buscar un nivel de salud en los Estados en vías de desarrollo, para que exista en ellos un nivel de salud que permita una mejor vida social y económicamente productiva.

Estas organizaciones tienen subjetividad internacional, según jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En el caso “Conde Folke Bernadotte”, que fuera enviado como mediador de Naciones Unidas en Palestina, tuvo un atentado terrorista, sufriendo la muerte. Se planteó si el gobierno responsable de los daños y perjuicios causados a la víctima y a sus causahabientes, mediante demanda por las Naciones Unidas. El Alto Tribunal de Justicia determinó que “la Organización estaba destinada a cumplir funciones y a gozar de derechos que no pueden explicarse más que si la Organización posee en amplia medida personalidad internacional y la capacidad de obrar en el orden internacional” (Corte Internacional de Justicia, Rec., 1949, 178), lo que se ratificó en 1980, entre la OMS y Egipto¹.

Como recuerda Michelangela Scalabrino, que el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75, inc. 22, Const. nacional) establece a los Estados miembros, obligaciones (aunque no forzosas) de recursos, para evitar que la falta de recursos en esta materia se convierta en ilusorios. El Consejo Económico Social de las Naciones Unidas vela celosamente el cumplimiento de estas obligaciones, conjuntamente con la Organización Mundial de la Salud².

4. La emergencia por el Covid-19. Crítica a la ley 27.541. Decretos de necesidad y urgencia. Necesidad que el Congreso los trate expresamente para su validez

Las emergencias constituyen un hecho y se encuentran dentro de la Constitución (art. 76).

Sin embargo, no pueden colocarse en forma superior a la Constitución y a través de ella, vulnerar o justificar recortes o restricciones a los derechos y garantías que

¹ Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 13 ed., 2001, p. 293.

² Scalabrino, Michelangela, *Normas y principios del derecho internacional de la salud*, en “La salud y los derechos humanos”, Canadá, Organización Panamericana de la Salud, 1999, p. 38.

la ley suprema tutela. Este es el núcleo que debe interpretarse la restricción a los derechos y garantías constitucionales.

Hay cuatro clases de emergencia reguladas en la Constitución: el estado de sitio, la intervención federal, la delegación legislativa y las normas que autorizan los decretos de necesidad y urgencia.

El antecedente de la emergencia social se encuentra en la ley 27.541, sancionada el 21 de diciembre de 2019, denominada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”.

El título que informa la ley que nada tiene que ver con una norma de emergencia sanitaria. Que la ley 27.541 le haya otorgado el último lugar en la jerarquía de los derechos restringidos (inc. 1°), nos está hablando a las claras que no se tuvo en cuenta la emergencia provocada por la pandemia.

Por el art. 1 dicha norma declara en emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegándose en el Poder Ejecutivo las facultades que establece el art. 76 de la Const. nacional.

Por su parte, el art. 2, inc. f de la ley mencionada ordena “procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades no prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales.

Es decir que, ante la aparición en la República China del virus, Argentina, aparentemente, ya tenía el marco legal suficiente para afrontar la crisis. Decimos aparente pues, esta ley delegativa de facultades congresionales tiene un vicio de origen. El vicio es que carece “del plazo fijado para su ejercicio”. No hay un plazo de finalización.

Es allí donde radica el vicio de origen de la ley de delegación. Por lo tanto, lo que debió hacer el Congreso y hasta la fecha del presente trabajo (mediados de mayo de 2020) no lo ha hecho, es sancionar una ley específica para la concreta y perjudicial pandemia. Por lo que el Poder Legislativo se encuentra en mora en el cumplimiento de su obligación constitucional, que le es propia, exclusiva y excluyente.

Además, dicha ley fue sancionada para otro contexto. Era y es una situación de emergencia, pero no fue específica para esta grave situación sanitaria, dado que fue dictada (a mediados de diciembre de 2019) con anterioridad al Covid-19, cuando China recién propalaba noticias acerca de la entonces epidemia, que más tarde se transformó en pandemia.

Es decir que se trata de una ley que no contempla las restricciones a la libertad de prensa, de información, tránsito, al aislamiento, a la obligación de someterse a tests, de intimidad, etc., y todos aquellos medios tendientes al diagnóstico y pronóstico del terrible e invisible virus.

Es decir que también la presunta ley de emergencia 27.541 carece “de las bases de la delegación que el Congreso establezca”, que ordena el art. 76 de la Const.

nacional. En efecto, no se ha dado el marco necesario para restringir los derechos y garantías en relación con la pandemia.

Con relación a la pandemia del coronavirus que afectó al mundo, a partir de enero de 2020, y siguiendo los parámetros de la ley cuestionada, el Poder Ejecutivo nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 260/2020 del día 12 de marzo de 2020, el cual establece una “cuarentena” por catorce días, en el marco conferido por ley 27.541 de emergencia pública en materia sanitaria.

Podríamos aceptar sólo en parte lo dispuesto por dicha ley, pues, como hemos dicho, no establece restricciones a otros derechos que los futuros decretos de necesidad y urgencia, sí lo contemplaban y que hemos enumerado algunos, pero que carecían del antecedente legal.

La ley 27.541 de una norma ómnibus (por los distintos hechos que prescribe y que son diametralmente opuestos entre sí). En consecuencia, carece de la razonabilidad para limitar, restringir derechos tal como ordena el art. 28 de la Const. nacional para las leyes.

Adviértase que si para una ley, la Carta Magna señala que los derechos no deben ser “alterados”, menos aún, para los más de treinta y cinco dictados desde marzo hasta los mediados de junio de 2020.

Como se comprenderá la ley 27.541 es inconstitucional por omisión por no regular otros derechos y garantías que debieron contemplarse en una ley específica sobre la emergencia que traía la pandemia y que hemos considerado con anterioridad.

Volviendo al primigenio DNU el mismo restringe viajes desde o hacia las zonas afectadas; instando a personas sintomáticas procedentes de zonas afectadas hacia la República Argentina, hasta tanto se contara con un diagnóstico médico de la autoridad sanitaria del país donde se encontraren (art. 2, inc. 5); a la vez que autorizaba la contratación directa de bienes, servicios o equipamientos que fueren necesarios para atender la emergencia, entre otras medidas.

Dicho decreto de necesidad y urgencia fue prorrogado por el DNU 297/2020 del día 20 de marzo de 2020, que fuera prorrogado hasta el día 12 de abril de 2020, por DNU 325/2020, el que a su vez fue prorrogado hasta el 26 de abril mediante DNU 355/2020. Por su parte, fue asimismo prorrogado por el DNU 408/2020 que prorroga la cuarentena hasta el 10 de mayo de 2020. A su vez, el DNU 459/2020 prorrogó hasta el 24 de mayo de 2020, prorrogó el aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el día 24 de mayo de 2020. El DNU 493/2020 prolongó el alcance de la cuarentena obligatoria hasta el 7 de junio inclusive y luego se ha ampliado.

Por dichas normas se implantó el aislamiento social preventivo y obligatorio, con la finalidad de proteger la salud pública ante el flagelo de dicho virus, para todas las personas que habiten el país o se encuentren en él en forma temporaria.

Esta situación está prolongando una “cuarentena” hasta cien días a fines del mes de junio.

Ello está causando un grave perjuicio a la economía nacional en todos sus ámbitos con la restricción a derechos esenciales. Mientras tanto, los decretos de “necesidad y urgencia” siguen proliferando y el Congreso no los ha tratado como ordena la Constitución Nacional (art. 99, inc. 3).

5. ¿La emergencia debió enmarcarse dentro del Estado de sitio bien por decretos de necesidad y urgencia?

En la doctrina constitucionalista se planteó una controversia institucional, sobre si correspondía acudir a la declaración de estado de sitio que necesita de una ley del Congreso ya que este instituto era el establecido por la Constitución para su defensa y sus instituciones, frente a hechos extraordinarios y transitorios de tipo político (art. 23, Constitución federal).

Recordemos que la ley francesa de 1791 confería al comandante militar de un puesto o de una ciudad “sitiada” facultades para mantener en su “sitio” a las personas. De allí viene su denominación.

En la Constitución de 1853 (art. 83, inc. 20) que “aun estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre ‘la tranquilidad pública’, el presidente podrá por sí solo usar sobre las personas de la facultad limitada, en el art. 23”.

Esta cláusula que aún sin declaración del estado de sitio y estando reunido el Congreso fue derogada por la reforma constitucional de 1860, cayendo según Montes de Oca en el mayor de los desprestigios, a raíz de la intervención del constituyente Domingo F. Sarmiento. La propia Comisión Revisora había desaconsejado su mantenimiento por cuanto los habitantes quedaban a disposición del Poder Ejecutivo, nada menos que la libertad de las personas, lo que redundaba en derogar las garantías personales³.

No corresponde por el ámbito del presente, examinar los abusos en utilizar este instituto que se sucedieron, en especial, cuando se produce la ruptura del orden institucional con la revolución de 1930⁴.

¿Son todas las garantías constitucionales, tal como señala el art. 23 de la Constitución Nacional?

No. Entendemos que no. Sólo se suspenden las garantías que directamente tienen que ver con la declaración del estado de sitio. Si es por emergencia sanitaria, pues bien serán las que tienen una relación causal directa, inmediata con dicha declaración. Así lo expresó en una interpelación en la década del sesenta el entonces Ministro del Interior, Alfredo Roque Vítolo, en oportunidad de una interpelación efectuada por el entonces legislador socialista Alfredo L. Palacios.

La restricción debe ser de interpretación restringida y de carácter excepcional. Puede alcanzar a los derechos de reunión (*Fallos*, 195:439); de circulación y de todas aquellas relativas en forma directa de los derechos civiles que tengan relación con la declaración.

Pero la emergencia argentina no puede ser prorrogada “cada quince o veinte días”, pero en forma sucesiva en algunos puntos de la República, pues ya afecta otros derechos que son igualmente fundamentales y que hacen a la circulación económica, como también lo constituyen el derecho de transitar libremente por el territorio nacional conforme al art. 14 de la Const. nacional.

³ Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal, Bs. As., Imprenta Comercio del Plata, 1980.

⁴ Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 3ª ed., 2005, p. 301.

Estas sucesivas prórrogas de la emergencia hacen que las decisiones gubernativas se hace cargo del implacable hecho sobreviniente del paso del tiempo.

Por principio, el paso del tiempo es un ingrediente fáctico insoslayable para cualquier decisión que tenga vocación de efectividad y su continuidad se potenciará en el tiempo, con el consiguiente perjuicio para los trabajadores, empresarios, en especial, pequeños y medianos, productores que ven con angustia y zozobra el camino o de la desocupación creciente por el lado de los trabajadores y por el concurso preventivo o la quiebra del lado de los empresarios.

Pero también recordemos que el art. 27 de la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que interpreta que a los efectos de delimitar los derechos que no pueden suspenderse, ni aún durante la vigencia del estado de sitio.

De allí que se puede, aún remediar, con la sanción de una ley que declare el estado de sitio y que determine, concretamente, cuáles son las garantías que se suspenden y que tienen vinculación directa con dicha declaración, con un tiempo limitado y no “sine die” como ocurre en la actualidad.

Pero, la gran parte de la doctrina y de hecho el propio Poder Ejecutivo interpretaron que el estado de sitio no correspondía pues no se daban los requisitos exigidos por el art. 23 de la Const. nacional.

De allí que se optó, por el equivocado camino del decreto de necesidad y urgencia (en adelante DNU), el argumento que por esta vía era más directa, que se podía restringir la libertad de circulación y todas las que conocemos a través de este remedio excepcional, pero que no compartimos.

A ello se agregaba que un DNU, tenía el mismo régimen que una ley (ley 26.122) en la medida que fuera ratificado por el Congreso siguiendo el trámite del art. 99, inc. 3 de la Carta Fundamental, a través de la Comisión Bicameral Permanente quién, en definitiva, tiene competencia para pronunciarse sobre la validez o no de los mencionados DNU, y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento en el plazo de diez días hábiles, para que se pronuncien mediante sendas resoluciones, ya que dicho rechazo o aprobación debe ser expreso conforme a los términos conforme al art. 82 de la Const. nacional y art. 22 de la ley 26.122.

Este procedimiento, a pesar que se estableciera la “vista” como ordena la manda constitucional, jamás el Congreso hasta mediados de junio de 2020 no lo ha hecho y, menos aún la Comisión Bicameral Permanente.

Sin embargo, es preciso hacer algunas reflexiones sobre la extensión y la amplitud de la cuarentena a la luz de la protección de los derechos y garantías individuales, examinando la constitucionalidad o no de la ley base 27.541.

6. Inconstitucionalidad de la ley 27.541

La ley de emergencia pública (27.541), como hemos afirmado, carece de plazo fijado para su ejercicio. Pero, en la hipótesis que la ley hubiere sido sancionada para restringir derechos (reiteramos, no alterarlos, según el art. 28 de la Const. nacional), carece de un término perentorio e improrrogable.

Al no tener plazo, la ley 27.451 es inconstitucional y no puede ser ley de base para restringir derechos individuales de trascendencia como el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, circular libremente por el país, y el derecho innominado de reunión como implícito, pero que surge de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La norma cuestionada debe, o bien derogarse que estimo que sería lo mejor, al igual que los DNU, dictados en su consecuencia, en razón de la amplitud, falta de plazo cierto y nula razonabilidad de las normas utilizadas en emergencia.

La otra solución, es el dictado en forma urgente de una nueva ley que estableciera un plazo perentorio e improrrogable de 15 días más para cumplir con la manda constitucional, pues la mencionada ley 27.451 es inconstitucional, como hemos señalado, por carecer de un requisito fundamental para su vigencia, cual es el plazo cierto ya mencionado y dentro de las bases de la delegación, conforme al art. 76 de la Const. nacional. Pero siempre con facultades acotadas por la índole de los derechos individuales en juego.

El poder de policía que compartimos es el de la concepción estrecha que contempla que éstos pueden sufrir restricciones a fin de preservar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas.

En cambio, el gobierno nacional ha utilizado el criterio amplio del poder de policía, esto es, que los derechos individuales no se restringen a los derechos mencionados recientemente, sino que se amplían, peligrosamente, en contra de las personas físicas y jurídicas, con los perjuicios consiguientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde siempre, ha tenido una actitud condescendiente con la delegación legislativa. En tal sentido, recordemos el caso “Prattico” (*Fallos*, 246:345, *LL*, 102-714) mediante el cual convalidó dos decretos del PE, en el año 1960, que había dispuesto un aumento de emergencia para el ámbito privado.

Y más recientemente, en el caso “Cocchia” de 1994 (*Fallos*, 316:2624, *LL*, 1994-B-633) que creó el instituto de la “delegación impropia”, basándose que el Congreso le faculta al PE, la atribución de establecer “la conveniencia de contenido”. Dicha legislación impropia, dijo la Corte, no sería propiamente delegación legislativa, sino que se trataba del poder reglamentario del art. 99, inc. 2 de la Const. nacional.

La libertad de circulación, de tránsito contemplada en el art. 14 de la ley fundamental, si bien tuvo un efecto positivo al inicio de la cuarentena, a la fecha del presente trabajo, hay vastas regiones del territorio argentino que, o bien tienen pocas personas con procesos infecciosos, o como el caso de Formosa y Catamarca, entre otras que, felizmente, no hay casos denunciados.

Actualmente la Ciudad de Buenos Aires y el denominado “cinturón” de la provincia de Buenos Aires constituyen el foco donde se ha centrado la lucha contra el coronavirus.

¿Nos preguntamos si las legislaturas provinciales no pueden habilitar la libertad de las personas en uso de atribuciones que le son propias? Pensamos que sí.

No hay motivo alguno que se legisle desde la Ciudad de Buenos Aires y por una persona que es el presidente de la Nación que, peligrosamente, haya invadido

atribuciones propias, exclusivas y excluyentes de las instituciones provinciales, transformándose en una especie de dictadura democrática, ajena por completo a nuestras instituciones republicanas.

Por cierto, que apostamos en favor de la salud. Es prioritaria su atención. Pero no es menos cierto que la cuarentena produce severos perjuicios en los ámbitos socio-económicos del país. El concurso o quiebras de pequeñas y medianas empresas, la desocupación, constituyen elementos que deben tenerse en cuenta por los gobiernos tanto nacional, como provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

Esto lo ha dicho el secretario general de las Naciones Unidas, el portugués Guterres quién dijo, y que señalamos en su totalidad su opinión, pero es menester recordar lo expuesto por el alto funcionario internacional: “Se trata de una crisis económica y social y una crisis humana, que se está convirtiendo en una crisis de los derechos humanos”; “que la dignidad humana y la promesa de la Declaración de los Derechos Humanos constituyan el componente fundamental de nuestra labor”; “Vemos los aspectos más desproporcionados en ciertas comunidades, el aumento del discurso de odio, los ataques a los grupos más vulnerables y el riesgo que la mano dura de las respuestas en materia de seguridad social socave la respuesta sanitaria”; “Más que nunca los gobiernos tienen que ser transparentes, receptivos y responsables. El espacio cívico y la libertad de prensa son fundamentales”; “La amenaza es el virus, no las personas”; “Todas las medidas de emergencias son legales, proporcionadas, necesarias y no discriminatorias, tengan un ámbito y una duración específica y adopten un enfoque menos intensivo posible para proteger la salud pública”; los gobiernos deben actuar para crear nuevas economías y más empleos”.

La claridad de sus expresiones, nos eximen de todo comentario.

Desde luego que si hay sitios o regiones donde existieren contagios graves y persistentes, allí corresponde mantener las medidas sanitarias que las circunstancias exigen. De lo contrario, se le está confiriendo al Poder Ejecutivo un cheque en blanco para que gobierne, violentando las instituciones. Se ha operado una concentración y una discrecionalidad institucional jamás vista.

Recordemos que el ejercicio del poder de policía durante la emergencia, que presupone un estado de necesidad, cabe suspender el ejercicio de ciertos derechos o su ámbito de extensión.

Pero esa suspensión debe ser razonable en su contenido y esencialmente “transitoria”. Es inadmisibles la convivencia bajo un permanente estado de necesidad, transformando una excepción en una regla general. No se condice esta anómala situación con el mensaje de libertad, dignidad y progreso que surge de la Constitución Nacional.

7. Omisión del Congreso en tratar expresamente los decretos de necesidad y urgencia

Han transcurrido varios meses desde la implementación de los DNU, los cuales hasta la fecha del presente, el Congreso si bien sesiona virtualmente, que no controla ni legalidad, ni la eficacia y menos la constitucionalidad de dichas normas. Se informa por los medios de comunicación social que es inminente el tratamiento de estas

“normas excepcionales de necesidad y urgencia”, a los efectos de ratificarlos o no. Hasta el momento, ello no ha ocurrido.

Además, hay otro problema y que es el tecnológico por parte de las autoridades de las Cámaras legislativas. En efecto, ya se han detectado, sobre todos en legisladores de la oposición que carecen de clave para ingresar al sistema de video de la Cámara y no pueden votar, perdiendo votos y frustrándose un sistema que debe ser claro, preciso y adecuado tecnológicamente.

De lo contrario, se presta a suspicacias que no se condicen con los altos intereses que debe considerar nada menos que el Congreso de la Nación.

Recordemos, de paso, que los DNU, ninguno ha sido ratificado por ambas Cámaras lo que acarrea su nulidad, por carecer de los mínimos requisitos exigidos por el art. 99, inc. 3 in fine de la Const. nacional, aunque se anuncia que en los próximos días se realizaría esa sesión ratificatoria. Pero el tiempo va pasando y no se ha considerado tales temas de fundamental importancia para los derechos y garantías de los ciudadanos.

8. Abuso de los DNU en cuanto a la modificación de la ley de presupuesto

La ley de presupuesto 2020 aprobada por el Congreso ha sido modificada, sustancialmente, por el DNU 457/2020, el cual, con fundamento en la pandemia, no sólo ratificó, sino que amplió las atribuciones del jefe de gabinete de ministros al punto de transformarse por imperio del art. 100, incs. 1 y 7 de la Const. nacional, en un colegislador al nivel del presidente de la Nación.

El jefe de gabinete de ministros podrá ahora disponer de todo el presupuesto nacional y reasignar partidas previstas en el art. 37 de la ley de administración financiera hasta fin de año (art. 4 del DNU) sin pasar por el Congreso, mediante el mencionado DNU.

El presidente de la Nación suspendió el límite del 5% que tiene el jefe de gabinete para reasignar partidas con el argumento que es necesario dotar de flexibilidad al presupuesto de la administración nacional, para la atención de los gastos que se erogan en virtud de medidas vinculadas a la emergencia sanitaria por la pandemia del Covid-19.

Además, el jefe de gabinete de ministros podrá reasignar fondos reservados excedentes de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI) a políticas vinculadas con salud.

En la actualidad, se gobierna sin ley de presupuesto, respondiendo a la omnímoda voluntad del Poder Ejecutivo.

Incluso varios ministros, han modificado por meros resoluciones ministeriales, los DNU promulgados por el presidente de la Nación.

De este modo, se vulnera sustancialmente el principio de legalidad ya que constituye una verdadera anarquía y la cantidad de DNU, en apenas cuatro meses ya supera los sesenta, récord sobre todo en tan escaso período de tiempo.

9. Omisión del Poder Judicial en tratar los asuntos sometidos a su consideración

A ello debe agregarse que el Poder Judicial tanto federal como provinciales, sólo atienden casos excepcionales, ya que se encuentran en ferias extraordinarias. Tampoco ha estado a la altura de las circunstancias. El Poder Judicial, como último bastión de la Constitución debió, arbitrar los medios tecnológicos adecuados para no privar de justicia, ni el mínimo acceso a la jurisdicción que hoy todos los habitantes del país, carecemos.

Ahora, hay un atisbo de funcionamiento virtual de los procesos y con una pronta reanudación de los plazos en los procesos judiciales. Esperemos que el sistema no presencial tenga mejor suerte que el legislativo, pues aquí está no sólo el acceso a la jurisdicción sino, lo más grave, las garantías de la defensa en juicio, el debido proceso legal y la razonabilidad de las sentencias.

Por cierto, que el art. 116 de la Constitución alude a las “causas”, es decir los conflictos, las controversias que se inician promovidas por las partes, pero la inmovilidad demostrada en el caso de pandemia es realmente patético.

No hace falta señalar que el acceso a la jurisdicción, el debido proceso legal, la garantía de la defensa en juicio se ven totalmente alteradas por la parálisis, cuando otros sectores de la vida nacional, trabajan y están expuestos a los graves riesgos que padecen importantes grupos sociales.

Como se sabe la Corte federal es un poder y un tribunal. Pero ante esta grave emergencia nacional no ha actuado con la diligencia y responsabilidad que las circunstancias exigen. Están en juego no sólo la libertad, sino el patrimonio de pequeñas y medianas empresas, los derechos alimentarios de los trabajadores, los derechos de los niños y de sus familias y por ahora, todavía no actúa en plenitud de sus funciones.

Solo arrestos tecnológicos que sólo propenden para dar mayores poderes a los jueces en detrimento de los justiciables que no advierten una señal de apertura, de vocación en el difícil arte de dar a cada uno lo suyo.

Es difícil de entender un debate oral con elementos tecnológicos virtuales pues aleja al abogado del contacto personal con su cliente o defendido, según el fuero, ya que se impide cualquier pregunta que le puede formular el profesional pues no tiene la intermediación necesaria para una audiencia donde están en juego nada menos que derechos y garantías constitucionales, como hemos dicho.

10. La delegación presidencial al jefe de gabinete de ministros. Su inconstitucionalidad

En el caso del DNU 355/2020 (art. 2), faculta al jefe de gabinete de ministros para disponer excepciones para una salida ordenada de la cuarentena, a pedido de los gobiernos provinciales o del jefe de gobierno de la ciudad de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, según determinados requisitos.

Se subordinan las autoridades provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires al jefe de gabinete de ministros que carece de potestades constitucionales para ello conforme al art. 100 de la Constitución. El hecho que ejerza la administración del país (art. 100, inc. 1) y que puede expedir actos y reglamentos que sean necesarios y aquellas que le otorgue el presidente de la Nación, no le da derecho a ejercer facultades que exceden el mero ámbito administrativo, tales como una emergencia grave como lo constituye el Covid-19.

11. La delegación presidencial a los ministros es inconstitucional

Esta delegación “de la delegación presidencial” (valga la redundancia) que impone el art. 100, inc. 2 de la Constitución, además de encontrándose prohibida, carece de la razonabilidad y propias de todos los actos de cualquier poder del Estado.

Lo mismo aconteció con el Certificado Único Habilitante para Circulación emanado del Ministerio del Interior, recientemente derogado para dar lugar al “flamante” Certificado Único de Circulación.

Este sistema instalado en teléfonos celulares permite detectar a las personas dónde se encuentran, constituyendo una indebida e ilegítima intromisión a la privacidad e intimidad de los ciudadanos y que analizamos en el siguiente punto.

También constituye un avance sobre los gobiernos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, por cuanto un ministro, cualquiera sea, no puede por sí tomar decisiones económicas ni administrativas, salvo en lo atinente a sus respectivos departamentos (art. 103, Const. nacional).

Recordemos que la ley de ministerios crece de atribuciones de delegación de atribuciones presidenciales ni en ministros o secretarios de Estado magna federal.

En la actualidad, han proliferado sucesivas delegaciones de esta naturaleza produciéndose una hegemonía presidencial jamás vista en perjuicio de los poderes legislativo ni judicial.

Sólo la Constitución en el art. 76 delega “materias determinadas de administración” en el presidente de la Nación, por lo que las mencionadas delegaciones son absolutamente inconstitucionales.

Sostener lo contrario, estamos en presencia ante un “suprapoder” que es el Poder Ejecutivo, ajeno al espíritu y a la letra de la Constitución.

Por citar un solo ejemplo el DNU 457/2020 que modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020, entre otras cosas, le permite al Poder Ejecutivo Nacional sobre la autarquía del Poder Judicial, constituyéndose en un poder hegemónico sin parangón en la historia constitucional de nuestro país.

Reiteramos que se trata de pésimos precedentes institucionales.

12. La inconstitucionalidad del régimen de localización de personas impuesto por un decreto de necesidad y urgencia

El Poder Ejecutivo ha implementado un régimen de localización de personas, a través de la ubicación por el denominado sistema de GPS que tienen los teléfonos celulares, con la obligación de usar la aplicación app Cuidar para los que vayan a trabajar.

El fundamento está dado por cuanto la app sólo envía la ubicación cuando se complete el autotest sobre coronavirus. Se agrega a la noticia que cuando se instala la aplicación en el teléfono celular, y se le preguntaría al usuario si permite que el gobierno “acceda a tu ubicación”, solo al usar la app, porque “conocer la localización nos permite tener mejores estadísticas para controlar la pandemia”.

Este régimen permite al jefe de gabinete y a sus funcionarios, controlar *on line* dónde se encuentran las personas, por intermedio de mecanismos de geolocalización, y de este modo usarían los datos de los usuarios.

Según las noticias periodísticas, esta geolocalización permite enviar esa información a los Comités Operativos de Emergencia Provinciales (COEP), para que cada gobierno local sepa qué personas puedan tener síntomas de coronavirus, así como su dirección para poder ubicarlos.

De este modo, se establece una verdadera persecución a la que hemos sido ajenos los argentinos por el espacio de 37 años de democracia.

Dicha medida constituye un avance grave y perjudicial para las personas pues afecta no sólo a la privacidad e intimidad de los habitantes (art. 19, Const. nacional) sino un avance sobre los datos personales (también propios del régimen de intimidad) que recolecta y serían utilizados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Entendemos que la oposición debe obligar al Congreso a sesionar, y que el jefe de gabinete de ministros a comparecer, obligatoriamente a las sesiones del Congreso.

Como síntesis, en el mejor de los casos, del cual no participamos debió ser por ley del Congreso y no a través de meros DNU que son, inconstitucionales.

13. El Congreso de la Nación debe sesionar en forma presencial

Ante la grave situación de emergencia mundial, originada por el Covid-19, el Congreso de la Nación no puede ser ajeno a una cuestión de gravedad institucional como la ausencia de los legisladores en sesionar en forma presencial, para analizar distintas circunstancias, tanto de apoyo al Poder Ejecutivo Nacional, si así correspondiere, o bien la crítica a los actos emanados de él, si se trata de la oposición.

Mientras diversos sectores de la vida nacional se encuentran en la primera línea de “fuego” con relación a un potencial contagio de pandemia, el Congreso Nacional no puede permanecer con las puertas cerradas. Por el contrario, debe, ineludiblemente, sesionar públicamente y no por teleconferencias u otros sistemas similares, porque el reglamento de ambas Cámaras lo impide, salvo su ulterior reforma.

Sólo se ha previsto para sesionar en otro sitio, como ocurrió con motivo de la capitalización de la ciudad de Buenos Aires, en el siglo XIX (año 1880) donde el gobierno del entonces presidente Nicolás Avellaneda, al igual que el Congreso y la Corte Suprema se trasladaron al entonces pueblo de Belgrano, ubicado en los suburbios de la entonces Ciudad de Buenos Aires. Allí se sancionó entre otras, la ley 1029, de capitalización de la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República Argentina. Ese fue el famoso debate entre Leandro N. Alem y José Hernández en contra y a favor de la capitalización, respectivamente.

La responsabilidad es de todos los legisladores. Si son oficialistas para acompañar los actos del presidente. Si son de la oposición para controlar las desviaciones, incluidos eventuales actos que, estarían sospechados de corrupción.

Mientras en 1940 las bombas nazis caían sobre Londres, el Parlamento inglés sesionaba a pesar de los intensos bombardeos a que era sometida la población londinense.

Ahora, en nuestro país, mientras diversos sectores, entre ellos, médicos y demás personal de la salud, farmacéuticos, empleados de estaciones de servicios, fuerzas de seguridad, entre otros, los legisladores también deben afrontar el denominado “riesgo parlamentario”. Si el legislador fue elegido, debe soportar las consecuencias que debe enfrentar y ésta es una de ellas. No hay excusas para quedarse en situación de “encierro”. Debe cumplir con su deber republicano.

En efecto, si los empresarios tienen el riesgo de preservar sus empresas, si los trabajadores tienen el riesgo de accidentes y enfermedades profesionales, si los profesionales tienen el riesgo de la “mala praxis”, ¿por qué los legisladores se sustraen al cumplimiento público de sus servicios institucionales? En el caso de la Constitución Nacional, la minoría tiene el poder de compeler a la mayoría ausente a que concurran a las sesiones (art. 64); el jefe de gabinete debe concurrir al Congreso, al menos una vez por mes, alternativamente a cada Cámara para informar la marcha del gobierno (art. 101).

De allí pues que el Congreso no puede sesionar en teleconferencia u otro medio similar, sin modificar, previamente, los reglamentos de cada Cámara, ya que no puede votarse sino de la manera que establece dicha norma que rige los procedimientos parlamentarios, bajo pena de ser nulas las eventuales leyes que así se dicten.

Hasta mediados de junio de 2020 sólo se han sancionado tres leyes bajo este sistema y que tratan sobre: a) regulación del vínculo jurídico entre la Cruz Roja y el Estado Nacional; b) beneficios impositivos al personal esencial relacionado con la Covid-19, y c) un programa de protección del personal de la salud.

Pero nos atrevemos a señalar que si no se ha modificado el Reglamento de las Cámaras que permita votar leyes a los legisladores en forma virtual, que serían inconstitucionales por violar nada menos que el “código de procedimientos legislativo” que significan los Reglamentos Legislativos, los cuales tienen rango constitucional (art. 66, Carta Magna federal).

¿Quién controla los decretos de necesidad y urgencia?, o ¿los argentinos vamos a seguir, ya casi en forma permanente en la emergencia a riesgo de suprimirse o restringirse otras garantías y derechos individuales que no tengan una relación directa e inmediata con la emergencia?

14. La acción declarativa de certeza solicitada por la presidente del Senado

En oportunidad de plantear la acción declarativa de certeza, tuvimos oportunidad de expresar nuestras ideas a través del diario “Los Andes” de la provincia de Mendoza.

No comprendimos la actitud de la vicepresidenta de la Nación en solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación una declaración de certeza para sesionar, como si ésta constituyese un “suprapoder”.

Sorprende que se desconozca el principio del art. 63 de la Constitución federal que las Cámaras sesionan por “sí mismas”.

Y, a su vez, llamó la atención que la Corte se tomara un tiempo más que prudencial para considerar tan desopilante pedido. Debió rechazarla, de inmediato, in limine por improcedente.

A pesar que la acción de declaración de certeza planteada por la presidenta del Senado señala que no se trata de una consulta.

En cambio, nosotros pensamos que se trata de un pedido de consulta. De lo contrario, no se entiende el porqué de ocurrir y excitar la jurisdicción de la Corte para que ésta determine si corresponde sesionar por medios de teleconferencias o cualquier otro que no sea presencial.

La Corte no está para responder consultas. Ello lo señaló el presidente Marshall de la Suprema Corte norteamericana a fines del siglo XVIII.

Por todo ello y para evitar la secuela de decretos de necesidad y urgencia que muchos de ellos son ajenos a la emergencia y para continuar con las sesiones ordinarias (art. 63), los legisladores deben prestar sus servicios a la República y al pueblo, que, solidariamente está realizando un esfuerzo superior para combatir a este flagelo mundial. Es la voluntad popular, nada menos y nada más.

15. El pedido de pronto despacho de la vicepresidenta de la Nación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A mediados del mes de abril de 2020, la vicepresidenta de la Nación nuevamente, reiteró su pedido de declaración de certeza “apuntando” a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recriminándole que dicho Alto Tribunal cuando quiere resolver un asunto, lo hace. Así, al menos dieron cuenta los medios periodísticos.

Había razones constitucionales que no le daban razón alguna al improcedente pedido de la segunda magistrada de la Nación.

En primer lugar, la vicepresidenta que el Senado de la Nación sabía fehacientemente, que la Cámara alta no puede tratar impuestos de cualquier naturaleza para imponer tributos a las mayores riquezas del país por imperio del art. 52 de la Const. nacional que dice, en su parte pertinente, que a la Cámara de Diputados de la Nación le corresponde “exclusivamente” la iniciativa de las leyes sobre “contribuciones”.

Fácilmente se advertía que la Cámara baja es cámara de origen de toda iniciativa en materia de tributos en general.

En segundo término, el Senado de la Nación es el Tribunal encargado de juzgar a los miembros de la Corte Suprema por presuntos delitos y mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, o crímenes comunes (art. 53, Const. nacional).

La pregunta que nos formulamos es que no puede el Senado, en ningún caso, pedir a la Corte ningún tipo de consulta en el sentido que, si debe o no sesionar, cuando en un futuro puede estar enjuiciado ante la Cámara alta y esta se convierte en Cámara juzgadora en las causas.

En tercer lugar, pretendía el pedido de la presidenta del Senado que la Corte se expidiera.

Si era favorable a sus pretensiones, el día de mañana cuando, supuestamente, planteada la inconstitucionalidad o nulidad de ley que ordenaría tributar a las grandes fortunas argentinas, la Corte debería inhibirse de entender en el caso pues ya había emitido su opinión.

Por tanto, deberá, en el futuro, el Alto Tribunal apartarse de entender en el caso. Con mayor razón, si el pedido de la vicepresidenta fuera denegado, como así ocurrió, creemos que la Corte debería apartarse de entender en el proyecto de ley mencionado.

En cuarto lugar, y esto va para los legisladores que, del oficialismo y de la oposición no quieren o aducen no sesionar por la posibilidad de contagio, me pregunto que ocurriría ante este caso siguiente que traigo a colación. Supongamos que ante la renuncia, o el fallecimiento o la destitución de un ministro de la Corte Suprema de Justicia federal, sea preciso llenar la vacante de juez del Alto Tribunal.

La Constitución ordena en el art. 99, inc. 4 que para llenar esa vacante de ministro de la Corte, el presidente de la Nación debe proponerlo al Senado quién por dos tercios de sus miembros “presentes”, podrá dar o no el acuerdo al magistrado, en “sesión pública” y convocada al efecto.

Por eso, la sesión debe ser “pública” y votada por los miembros presentes. Por ello, no hay reglamento de ninguna de las Cámaras que pueda suplir estos impedimentos constitucionales, bajo pena no solo de nulidad, sino de degradar las instituciones de la República.

No puede haber sesiones por video conferencias u otros sistemas análogos. Pueden sesionar los legisladores presencialmente en distintos lugares de la Ciudad de Buenos Aires que tienen la amplitud para mantener la distancia reglamentaria entre los legisladores.

En este sentido, la Constitución habla de miembros “presentes” en los arts. 53 (para acusar a los miembros de la Corte); art. 59 (para remover al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros y miembros de la Corte Suprema; art. 66 (para admitir o no la renuncia de legisladores); art. 75, inc. 24 (tratados con Estados latinoamericanos); art. 81 (aprobación de proyectos de ley); art. 86 (designación de Defensor del Pueblo); art. 99, inc. 4 (nombramiento de jueces de la Corte). Me pregunto si esta clase de necesidad de contar con los miembros “presentes” no se suple por ningún medio artificial. Entiendo que no es posible.

Lo mismo acontece con la votación. Me pregunto cómo se haría por medios tecnológicos, si no se reforma el reglamento de cada una de las Cámaras en forma

previa. Pero, aun así, modificado que fuere el procedimiento de la Cámara, ignoro cómo se podría constatar, fehacientemente, si el que está votando es el legislador u otra persona que hace “sus veces”. Es una alteración del régimen republicano de gobierno.

El vocablo “Parlamento” proviene del latín “parlare” y por ende, constituye un órgano deliberativo. Y la deliberación se hace en un plenario, sea el Congreso o donde éste declare en una sesión pública dónde debe funcionar.

No se supe con la reunión de la Comisión de Labor Parlamentaria, a pesar de su regulación constitucional (art. 99, inc. 3, Const. federal).

Los decretos de necesidad y urgencia deben ser tratados con necesidad, pero sobre todo con “urgencia” por el avance que representan para los derechos y garantías individuales.

De lo contrario, le daremos la razón al entonces primer ministro francés, el socialista León Blum a cargo del gobierno socialista francés en 1936 que accedió por medio del Frente Popular, en el sentido que, si bien el poder es “atrapante”, la oposición es “confortable”.

Creo que la oposición debe conminar a la mayoría para sesionar, pero no por medios tecnológicos, salvo que sea mejor salir por televisión o por radio, que no cumplir con sus obligaciones constitucionales, pues los ejemplos deben venir de arriba, hacia abajo.

16. Argumentos de la vicepresidenta del pedido de acción declarativa de certeza

El 24 de abril de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la acción declarativa de certeza en la causa promovida por Cristina Fernández de Kirchner, en su carácter de presidenta del Senado de la Nación con la finalidad que el Alto Tribunal despejara el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesiones mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del art. 30 del reglamento de la Cámara alta, generada en el marco excepcionalísimo del estado de emergencia desencadenado por la enfermedad causada por el Covid-19.

Los fundamentos de la pretensión de la presidenta del Senado fueron los siguientes, a saber: *a)* las gravísimas consecuencias en la salud de los seres humanos originadas por la pandemia, a las que la Corte no ha sido ajena ya que en tal sentido ha dictado las acordadas 11/2020 y 12/2020; *b)* que era impostergable legislar en materia tributaria por las consecuencias económicas que ello genera no sólo en el mundo, sino en la Argentina en particular; *c)* que por ello es urgente que el Congreso reanude sus actividades; *d)* que la materia tributaria está prohibida y no puede ser legislada a través de los DNU, por el Poder Ejecutivo; *e)* que los senadores se encuentran en sus provincias de origen y señaló las dificultades de su traslado a la Ciudad de Buenos Aires; *f)* pero que la reunión en la Sala de la Cámara alta implicaría la ruptura del distanciamiento social obligatorio que la legislación para garantizar el debate y posibilitar la votación de los senadores; *g)* ofreciendo un sistema seguro que permita la identificación de los legisladores y su plena participación en el debate; *h)* que este cuadro de situación genera una gravedad institucional extrema, instrumento éste que la propia Corte ha utilizado en varias oportunidades para superar los

obstáculos formales de los recursos; *i*) que ello no admite demora alguna para el funcionamiento del Senado; *j*) lo funda en el art. 322 del CPCCN y que no hay otra vía idónea; *k*) que su legitimación surge del art. 57 de la Const. nacional que establece que “El vicepresidente de la Nación será el presidente del Senado”; y de los arts. 15, 20, 25, 27, 29, 32 y 36 del reglamento del Senado; *l*) pide el urgente trámite con habilitación de días y horas inhábiles conforme al art. 153 del CPCCN; *l*) que en la reciente historia argentina han existido “maniobras de todo tipo –incluidas las judiciales– tendientes a impedir la aplicación de leyes que afecten intereses de grupos económicos”, ofreciendo como prueba el portal de noticias del diario “Clarín” de fechas 12 y 13 de abril de 2020, lo que le otorga razonabilidad a su pretensión; *m*) alude a la situación excepcional provocada mundialmente y en nuestro país el denominado Covid-19, mencionando declaraciones de la Organización Mundial de la Salud, del Ministerio de Salud Nacional y, en especial, los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional donde se declara la emergencia sanitaria y describe las medidas tomadas en consecuencia; *n*) señala la necesidad del Estado nacional de asistir económicamente a las crecientes necesidades que se verifican en los sectores que se ven afectados directamente por las consecuencias del aislamiento social; *ñ*) que existe una imposibilidad fáctica de la asistencia de los senadores como consecuencia de la supresión de los vuelos y del transporte en general, afectados por la pandemia; *o*) que el art. 30 del reglamento de la Cámara de Senadores que impulsaría la realización de sesiones virtuales mediante un sistema que asegure el quórum, el debate y la votación, con sistema de identificación de sus miembros, garantizando la participación de los mismos; *p*) que la propia Corte mediante acordada 11/20 en su carácter de órgano colegiado obligó a modificar las condiciones de trabajo de ese Alto Tribunal.

17. Dictamen del Procurador General de la Nación interino

Dijo el Procurador General de la Nación interino que: 1) debe desestimarse por no existir “causa o controversia” fundamentando su dictamen en los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución, y art. 2 de la ley 27; 2) que debe tratarse de una causa donde existan partes adversas; 3) que la causa es abstracta; 4) que constituiría de parte de la Corte en atribuciones que son propias del Senado.

18. La resolución de la Corte federal rechazando la acción declarativa de certeza

La Corte, por su parte, sostuvo: *a*) que recientemente en el caso “Barrick” del 4 de junio de 2019 señaló que invariable, se requiere un caso justiciable (*Fallos*, 307:2384) que requiere de dos requisitos: una, la existencia de una “controversia” lo que supone partes adversas y la otra, que la misma no debe ser “abstracta”, esto es, no constituir un planteo prematuro o hubiese devenido insustancial (*Fallos*, 342:917); *b*) que estos requisitos son aplicables a las acciones declarativas; *c*) que la Corte es guardián último de las garantías constitucionales, cabeza del Poder Judicial; *d*) recordó precedentes norteamericanos de control de constitucionalidad como el caso “Marbury c/Madison” y también argentinos como el caso “Alem”; “Sojo”; “Sofía”; “Pitto”; “Rey c/Rocha”; “Kot”; “Siri”; “Ekmekdjiján”; “Halabi” y que no podría alterar los principios republicanos, si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales dejase de lado su antiguo y consolidado criterio según el cual desconocer los

elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia (según el caso “Sejean”), para hacer primar un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático establecido en nuestra Constitución Nacional; e) que la tarea de legislar del Congreso argentino resulta esencial para el normal desarrollo de las instituciones; f) recordó el precedente del presidente Avellaneda el 4 de junio de 1880 de mudar la sede del gobierno nacional, al pueblo de Belgrano, fuera de los límites de la Ciudad de Buenos Aires y convocó a los legisladores y ministros de la Corte Suprema a que siguieran sus pasos. Que así se sesionó por ambas Cámaras por el espacio de varios meses, en circunstancias también excepcionales; g) recordó el derecho comparado de países que han sesionado con derecho a voto por bloques parlamentarios como los países de Alemania, Francia, Italia, Irlanda, Suiza y Nueva Zelanda; otros con video conferencias y votar de una manera electrónica remota como Uruguay, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Rumania y en otros que han implementado una presencia reducida de legisladores con votación electrónica remota como España, Holanda y Polonia; h) que también señaló casos en el derecho público provincial de sistemas remotos, virtuales y teleconferencias tales como Mendoza, Córdoba, Santa Fe y Salta; i) que nuestra Constitución otorga al Poder Legislativo como el más fiel intérprete de la voluntad popular, siendo el Congreso su órgano representativo y el pueblo como último titular del poder político; j) que desde sus antiguos precedentes, la Corte tiene dicho que su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros poderes del Estado adoptan dentro de la esfera de competencia que la Constitución les otorga como propia y exclusiva; k) en tal sentido, citó la doctrina de dicho órgano cuando se abstuvo de revisar el procedimiento de sanción de una ley que declaró la intervención federal de una provincia como el caso “Cullen” (*Fallos*, 53:420); de revisar el procedimiento de deliberación y sanción de leyes tributarias (caso “Compañía Azucarera”, *Fallos*, 141:271); de revisar la facultad del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a sus empleados (caso “Avila Posse”, *Fallos*, 254:43); de la legalidad de la composición del Congreso (caso “Varela”, *Fallos*, 23:257); de revisar los casos de destitución en casos de juicio político (caso “Nicosia”, *Fallos*, 316:2940); cuando se abstuvo de revisar el juicio que cada Cámara hace de los títulos de sus miembros (caso “Unión Cívica Radical”, *Fallos*, 285:147); casos sometidos a su consideración a raíz de la reforma constitucional de 1994 (caso “Provincia del Chaco”, *Fallos*, 321:3236, entre otros); l) que la propia Corte se abstuvo jurisdiccionalmente en las decisiones privativas de los demás poderes públicos, a los efectos de evitar un avance de su poder, frente a los demás; ll) que en el caso “Barrick” (*Fallos*, 342:917) en 2019 que la jurisprudencia ha reconocido límites a las cuestiones judiciales; m) que la Corte es el intérprete final de la Constitución (caso “Calvete”, *Fallos*, 1:340); n) que han existido excepciones al principio general sobre su intervención en el procedimiento y formación de las leyes, recordando el caso “Soria de Guerrero” (*Fallos*, 256:556); ratificado en “Colella” (*Fallos*, 268:452) y otros precedentes; o sobre la garantías del debido proceso en “Nicosia” (*Fallos*, 316:2940); o juicios políticos realizados en las provincias como “Graffina Latino” (*Fallos*, 308:961); o el deber de revisar los indultos en el caso “Yrigoyen” (*Fallos*, 165:199); o bien asegurar que las expropiaciones no se extendieran más allá de la utilidad pública declarada, caso “Elortondo” (*Fallos*, 33:162); ñ) que, más allá de dichos precedentes, el ámbito del control jurisdiccional de la Corte, no alcanza a las decisiones privativas de los demás poderes públicos.

Entrando en el análisis del “caso” (que la propia Corte se encargó de negar) el cimero Tribunal se pregunta si es necesario requerir autorización a éste para sesionar en forma virtual o remota por parte del Senado.

La Corte sostuvo que dicho tema que: 1) se encuentra dentro de las atribuciones del propio Poder Legislativo sobre qué condiciones de instrumentación adopta, no implicando, en consecuencia, riesgo alguno en una presunta invasión de atribuciones de los demás poderes del Estado; 2) que el Senado tiene atribuciones “per se” para sesionar de manera remota; 3) que la Constitución establece no sólo el quórum para sesionar en una cantidad mínima de miembros de cada Cámara (art. 64); sino que además exige el tratamiento del proyecto en ambas Cámaras y la promulgación por el Poder Ejecutivo para constituirse en ley (art. 78); que la Constitución define con precisión el período del año calendario durante el cual deben sesionar las Cámaras (art. 63); que establece, por la importancia de las decisiones se requieren mayorías agravadas (arts. 30, 75, inc. 22, 81 y 83, entre otros); pauta el procedimiento y plazos en los supuestos de desacuerdos entre ambas Cámaras (art. 81); e incluso establece la fórmula bajo la cual se sancionarán las leyes (art. 84); 4) En cambio, señala el Alto Tribunal que la Constitución nada dice sobre el lugar o la forma presencial o remota en que deben encontrarse para sesionar, deliberar y votar sus miembros (arts. 77 a 84); 5) Si bien la Constitución indica que “ambas Cámaras se reunirán” en las sesiones ordinarias (art. 63); e inviste a la minoría a que compela a los “miembros ausentes a que concurren a las sesiones” (art. 64); regula la suspensión de las sesiones mientras se “hallen reunidas” (art. 65); o faculta a las Cámaras para “hacer venir a su Sala” a los ministros del Poder Ejecutivo (art. 71); sin embargo, ninguna de dichas cláusulas veta la posibilidad que las sesiones se lleven a cabo en forma remota; 6) que la Constitución pone en cabeza de ambas Cámaras el dictado de su propio reglamento para funcionar y, por ende, regular los mecanismos para facilitar la función legislativa, pero siempre cumpliendo con los recaudos del procedimiento que la Constitución exige; 7) que la acción declarativa de certeza requiere la existencia de “casos justiciables” (“Barrick”, *Fallos*, 342:917), lo que no se cumple en esta petición; 8) las emergencias deben ser tratadas dentro del Estado de derecho y el funcionamiento del Congreso resulta esencial para el normal desenvolvimiento de la vida constitucional de Argentina, por no ello no configura un caso justiciable; 9) por ello, corresponde al Congreso en uso de facultades que le son propias, arbitrar los mecanismos necesarios para cumplir como órgano representante del pueblo.

19. Voto particular del doctor Horacio Rosatti

Del voto del ex constituyente nacional y actual miembro de la Corte federal se desprenden los siguientes argumentos: 1) que la vicepresidenta del Senado tiene legitimación para obrar en virtud del art. 57 de la Constitución y del art. 36 del Reglamento en cuanto “Sólo el presidente habla en nombre del Senado”; 2) que en los albores de la organización institucional, la propia Corte cuyos fundamentos los tomó del entonces procurador que los hizo suyos, desestimó un pedido de la provincia de Mendoza sobre una consulta, no era propiamente una demanda y que la misión de ésta es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, *Fallos*, 2:254; ratificado en “la consulta del juez de Formosa” en *Fallos*, 34:62; 3) que no pueden, en consecuencia, realizarse por la Corte declaraciones abstractas y, por ende, es necesario “un caso”; 4) que ningún

poder del Estado puede ejercer lícitamente otras funciones de los demás poderes públicos; 5) que tampoco la declaración de certeza es la vía idónea para este caso, ya que si bien no requiere un daño efectivamente consumado, esta acción tiende a precaver las consecuencias de un “acto en ciernes” (*Fallos*, 342:917); 6) que además no existe un interés concreto para que exista ese “acto en ciernes” que desconozca validez constitucional a la posibilidad de sesionar de forma no presencial, ya que no se acreditó un agravio cierto y concreto y menos que hubiere sido provocado por los demás poderes del Estado; 7) que tampoco se ha probado cuáles serían los actos –incluso judiciales– que habrían impedido la aplicación de leyes que afecten intereses de grupos económicos; 8) que la Cámara de origen para tratar tributos en general es la de Diputados por imperativo constitucional (art. 52) e incluso no hay un solo proyecto presentado ni siquiera en la Cámara de origen que es Diputados, y sancionada que fuere la ley por los carriles institucionales idóneos, recién la Corte entraría a la consideración del asunto en un caso concreto; 9) que la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de sus sesiones, ya que nadie podría, racionalmente, prever un futuro tecnológico ya que no existían tanto en la sanción como en la reforma de la Constitución y por ende, no pueden declararse inconstitucionales; 10) por tanto, debe realizarse un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son o no compatibles con el espíritu de la Constitución; 11) que el reglamento de la Cámaras constituye una derivación de su autonomía normativa; 12) que la ponderación de la modalidad de la sesión presencial o por medios virtuales o remotos, sólo serán materia del control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley, la que por cierto, no puede ser previa, como en el presente.

Resolvió declarar que no corresponde a la competencia de la Corte prevista en el art. 117 de la Const. nacional, por inexistencia de caso.

20. Voto particular del doctor Carlos F. Rosenkrantz (en disidencia parcial)

Señala los siguientes puntos, a saber: 1) no hay acción ni recurso conforme a los arts. 116 y 117 de la Constitución; 2) no se ha concretado cuál sería la actuación del Estado nacional que obstaculizaría que el Senado funcionara; 3) tampoco se identifica cuál sería la relación jurídica sustancial que une a la presentante con el Estado Nacional que requiriera un pronunciamiento judicial para dotarla de certeza; 4) no hay caso judicial, condición esencial para el accionar de la Corte, fundados en los arts. 117 de la Const. nacional y art. 2 de la ley 27; 5) la acción de declaración de certeza no tiene carácter consultivo, la que si bien se niega tal carácter, no es menos cierto que lo que se pretende es resolver una pregunta para obtener una respuesta jurisdiccional, siendo por tanto abstracta; 6) que tampoco existe gravedad institucional ya que no se pueden deformar o eludir las exigencias de la Corte, ya que se trata de un instrumento de defensa de la Constitución; de interpretarse de manera laxa, se convertiría en una simple coartada para deshonorarla; 7) dispone el rechazo “in limine” por no corresponder a la jurisdicción originaria de la Corte (art. 117, Const.) y la gravedad institucional es ineficaz para habilitar la competencia originaria por tratarse de un supuesto no previsto constitucionalmente.

21. Probables argumentos en contra del fallo

¿Que podría argumentar algún jurista que participe del pedido de declaración de certeza? 1) Seguramente, diría que el art. 116 de la Constitución en cuanto establece que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de “todas” las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

Pero ¿se trata de una causa? Creemos que no. Una causa supone una controversia, dos partes enfrentadas. Entiendo que es el “núcleo” del fallo de la Corte.

2) Que la consulta al Senado es razonable, dado su carácter de intérprete final de la Constitución. Creemos que la consulta no corresponde en modo alguno, desde los precedentes no sólo nacionales, sino los norteamericanos que ya señalamos.

La Corte actúa sólo en “causas” sometidas a su consideración, ya que la competencia federal son por todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución; por las leyes de la Nación, con excepción de la reserva del art. 75, inc. 22 de la Constitución; sobre tratados con las potencias extranjeras; en las causas sobre almirantazgo y jurisdicción marítima; en asuntos que la Nación sea parte; y en las causas por vecindad y extranjería.

Ninguna de estas causales están tipificadas para que una acción declarativa de certeza tenga andamio, según el fallo que compartimos en su totalidad.

Si bien participamos en su totalidad del fallo de la Corte (en especial el voto del doctor Rozenkrantz por su rechazo in limine) creo que quedaron algunos aspectos sin considerar tales como: se omitió considerar, los siguientes puntos: 1) la sesión “pública” que se requiere para nombrar a los ministros de la Corte. Es insoslayable la presencia física de los miembros del Senado; 2) no advirtió la acción de declaración de certeza que de este modo se estaba convirtiendo a la Corte en un órgano “suprapoder”, esto es, en un plano superior al resto de los poderes políticos del Estado; 3) que el Senado es tribunal juzgador en el supuesto de juicio político a cualquier miembro de la Corte; 4) se revaloriza el art. 2 de la ley 27 en cuanto establece que no puede declararse de oficio, la inconstitucionalidad de las normas, prédica que siempre hemos mantenido, pues de lo contrario, los jueces se arrojan el papel de legisladores; 5) que se trató de una cuestión política y no jurídica para instalar el tema de los tributos a las grandes fortunas en el escenario periodístico, de la cual no podemos juzgar; 6) ¿se habrá querido buscar la pre-opinión de la Corte para el caso que los tributos a las grandes fortunas llegase a sus estrados? Y de esta manera ¿intentar la recusación con causa de sus integrantes por haber emitido opinión previa?

No estamos en condiciones de aventurar semejantes pronósticos. Lo cierto es que se trató de una petición de eminente carácter político.

Por supuesto que no pueden utilizarse las instituciones de la República para este tipo de especulaciones. El mundo y nuestro país no están para estas cuestiones. Nuestras instituciones de gobierno no nacieron para estas consideraciones. Nacieron para cosas superiores.